



## TESIS DOCTORAL

**Gobierno económico y financiero de la Unión Europea.  
Contextos, normas, crisis.**

**Raúl Saugar Álvarez**

Directores:

**Carmen Martínez Capdevila**

**Luis Rodríguez Abascal**



**“GOBIERNO ECONÓMICO Y FINANCIERO DE LA UNIÓN EUROPEA.  
CONTEXTOS, NORMAS, CRISIS.”**

Resumen de la tesis doctoral - Raúl Saugar Álvarez

Junio de 2017 – Facultad de Derecho UAM

---

Diferenciamos tres objetivos a los que responde el subtítulo y cada una de las tres partes en que hemos estructurado el trabajo: (1) contextos, (2) normas, (3) crisis.

*Primero.* Tratamiento contextualizado.

Como primer objetivo o elemento de singularidad, procederemos a la *contextualización histórica* del largo plazo o larga historia internacional y financiera. Ello permitirá comprender y enfatizar algunas dinámicas jurídicas y políticas (*realpolitik*) que quedan con frecuencia desatendidas en estudios meramente positivistas que responden a la lógica de la solución de problemas jurídicos sin tratar el Derecho en su contexto histórico y filosófico. A ello dedicaremos la primera parte.

A tal fin, desarrollaremos para comenzar unos breves apuntes sobre dos *cuestiones preliminares*: el concepto de *longue durée* o largos períodos enunciado por F. Braudel y la obra de E.H. Carr dentro del debate sobre el realismo en el estudio de la sociedad internacional. Frente a la historia corta de los acontecimientos y a la historia cuantitativa o historia cíclica, de coyuntura, Braudel reivindica, la *longue durée* de la historia, la historia de larga duración que permite apreciar la tendencia secular y las estructuras o lo que podríamos llamar las condiciones histórico-sociales de posibilidad y sus límites. Se entenderá que el segundo apunte resalte la diferencia entre aquellas corrientes de estudio de las relaciones internacionales que consideran y resaltan que la historia es cambiante (Vico) y las que presentan la historia como una especie de racionalidad absoluta, más o menos determinada y no alterable.

En segundo lugar, dividiremos “la larga historia del capitalismo moderno” en varios *períodos* delimitados a efectos meramente expositivos. En cada uno de ellos analizaremos los principales elementos constitutivos del sistema internacional, pero sobre todo prestaremos atención a una serie de cuestiones financieras clave, en tanto que

el valor añadido del análisis *longue durée* es precisamente el de poder entender como leitmotiv la importancia del hecho financiero. Podremos así situar el análisis del gobierno económico y financiero europeo en su contexto inmediato, pero también dentro de la larga historia financiera internacional.

Aún dentro de la primera parte, *contextos*, nos referiremos también a lo que hemos llamado *contextualización filosófica*. Efectuaremos un repaso breve de los elementos del constitucionalismo histórico y de su evolución como proceso de racionalización del poder, así como de algunos de los debates actuales sobre su reformulación a escala supraestatal. En particular, nos centraremos en dos de las cuestiones suscitadas por esos debates: la primera en torno al llamado pluralismo constitucional y la segunda sobre la instauración transnacional de una nueva normatividad global. Ambas discusiones doctrinales nos ayudarán a tratar los dos problemas en que dividimos la tercera y última parte de la tesis.

*Segundo.* Compilación de normas de Derecho positivo poscrisis.

Una segunda aportación, menos vistosa tal vez, pero necesaria a la vista del pandemónium existente, es la de servir de compilación de referencias del marco normativo general y de las actuaciones adoptadas en materia económica y financiera desde el surgimiento de la crisis, que podemos fijar en 2008. A ello dedicaremos la segunda parte y el anexo compilatorio de referencias.

Esta segunda parte responde al objetivo autónomo de cartografiar el selvático tejido de medidas regulatorias y de carácter ejecutivo en el ámbito económico y financiero europeo posterior a la crisis. También responde a la necesidad de tener presente ese panorama regulatorio a la hora de analizar los problemas de gobierno que trataremos en la tercera parte. Con estos objetivos en mente nos referiremos a los tres pilares del gobierno económico y financiero: monetario, fiscal y financiero *stricto sensu*.

*Tercero.* Crisis de la juridificación democrática del poder económico.

Como decíamos en la delimitación de la problemática, se trata de plantear cómo afecta la transformación de la economía política global y, especialmente, la ruptura de la

dicotomía nacional-internacional al constitucionalismo definido como proyecto de racionalización del poder mediante el Derecho democrático. En consecuencia, esta tercera parte es quizás la más relevante para nuestro planteamiento en la medida en que en torno a dicha problemática se lleva a cabo el análisis diferenciado de dos problemas de gobierno económico europeo.

El primero es el problema de las capacidades de gobierno económico y financiero europeo conforme al actual *statu quo*. Es este un problema vinculado al tránsito desde el Estado nación al proyecto europeo de comunidad de Derecho supraestatal. Se trata del agotamiento de las posibilidades de los principios clásicos, en particular, del de primacía, para articular las relaciones entre los ordenamientos estatales y el europeo, unido a un desarrollo del principio de identidad constitucional que parece limitar las posibilidades de la atribución de competencias. Ello puede resultar especialmente disfuncional en el ámbito financiero, especialmente si tenemos en cuenta que a la hora de diseñar la arquitectura de la UEM se optó por una unión monetaria sin unión fiscal, lo que puede generar asimetrías, rigideces y debilidades adicionales, especialmente en tiempos de tensión financiera. Avanzamos que, a nuestro juicio, resulta muy dudoso que, al menos en este ámbito, el diálogo judicial *ad hoc*, a partir de la modulación del principio de identidad constitucional, sea una solución satisfactoria ni en cuanto a la agilidad que proporciona al proceso de toma de decisiones, ni, sobre todo, en cuanto al peso que en el arreglo entre tribunales puedan tener los factores estratégicos (la *realpolitik*, por ejemplo, la relación entre deudores y acreedores).

El segundo problema aparece vinculado al acoplamiento nacional y europeo a la globalización económica. Se trata de la aparición de lo que Sassen denomina nueva normatividad global y de su implantación mediante distintos mecanismos jurídicos que pueden calificarse de *gobierno limitado*, en tanto que incorporan una consideración restrictiva de la intervención del Estado. Así, los gobiernos se encuentran ante un achicamiento del ámbito constitucionalmente disponible para las distintas alternativas de política económica. Entre estos mecanismos jurídicos destacan en el ámbito transnacional, los regímenes internacionales, el llamado *soft law* o los procesos de regionalización entre los que el europeo resulta paradigmático. En el ámbito europeo, el mecanismo jurídico que propicia ese achicamiento de las opciones es resultado de una mutación constitucional –en buena medida de inspiración alemana-, desde una

constitución económica neutra a otra de carácter sustantivo que prima lo privativo. Como veremos, en el ámbito financiero esta nueva normatividad que se implanta como límite a la acción de gobierno se concreta en una determinada demarcación de funciones entre lo público y lo privado que se convierte en paradigma pretendidamente inmutable, cuando se trata, en verdad, de un conjunto de decisiones históricas a partir de las cuales el Estado organiza su propia retirada.

Apuntamos, para concluir, que ambos problemas se entrelazan en la medida en que limitan las capacidades de gobierno, pero, en tanto que tales limitaciones traen causa de procesos y mecanismos diferentes, metodológicamente requieren el tratamiento diferenciado que en este trabajo ofrecemos.

A esta cuestión dedicaremos la tercera parte de la tesis.

Finalmente, aclaramos que los dos primeros bloques (*contextos, normas*) responden a objetivos independientes o diferenciados, pero también al objetivo conjunto de este trabajo, el análisis de los problemas que se tratan en el tercer y último bloque (*crisis*).

## INDICE

<b>Tabla de abreviaturas.</b>	<b>5</b>
<b>Prefacio.</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA.</b>	<b>11</b>
Delimitación de la problemática.	
Enfoques y disciplinas.	
Estructura y objetivos.	
<b>PRIMERA PARTE. CONTEXTOS.</b>	<b>23</b>
<b>Capítulo 1. Contextualización histórica.</b>	<b>25</b>
1.1 Introducción.	
1.2 Cuestiones preliminares.	
1.2.1. El concepto de <i>longue durée</i> .	
1.2.2. El realismo de E.H. Carr en el estudio de la sociedad internacional	
1.3 Grandes períodos de la modernidad económica.	
1.3.1 El mundo inmediatamente anterior a la gran transformación.	
a) El sistema europeo de equilibrio de poder.	
b) Mercantilismo.	
c) Cuestiones financieras.	
- Importancia de los metales preciosos.	
- Mejoras técnicas financiera.	
1.3.2 La doble revolución.	
a) Pax Britannica	
b) Liberalismo económico	
c) Cuestiones financieras.	
- Lombard Street. La solidez del dinero y la movilización del capital.	
- El sistema de reserva única y el Banco de Inglaterra como prestamista de último recurso	
- El patrón oro.	
1.3.3 Rivalidad y proteccionismo.	
a) Rivalidad sin equilibrio	
b) Proteccionismo económico.	
c) Cuestiones financieras	
- El desorden financiero internacional	
- La crisis bancaria de 1931 y la inestabilidad del sistema monetario y financiero.	
1.3.4 Hacia la economía global.	
1.3.4.1 Primera parte (1945-1970).	
a) Pax Americana y capitalismo integrado.	

- b) El marco de la hegemonía
  - c) Los instrumentos de la hegemonía: las cuestiones financieras.
    - Política expansiva. Plan Marshall y gasto militar.
    - El marco institucional económico internacional.
- 1.3.4.1 Segunda parte (1970-2008).
- a) El giro monetario: el paso de tipos de cambio fijos a fluctuantes.
  - b) Hacia la privatización del sistema financiero internacional

## **Capítulo 2. Contextualización jurídico filosófica.**

**77**

- 2.1 Apunte sobre el constitucionalismo.
- 2.2 ¿Crisis del constitucionalismo en el orden transnacional?
  - 2.2.1 Primer problema. El debate sobre el pluralismo.
    - a) Modos de entender el pluralismo
      - Pluralismo desde el punto de vista externo
      - Técnicas de diálogo o pluralismo radical
      - Pluralismo interno, interpretativo u ordenado
    - b) Constitucionalismo multinivel.
  - 2.2.2 Segundo problema. El debate sobre los límites.
    - a) ¿Orden posnacional o transnacional? El papel del Estado.
    - b) La nueva normatividad: el gobierno limitado.

## **SEGUNDA PARTE. NORMAS.**

**107**

## **Capítulo 3. El Gobierno económico y financiero en la UE: el Derecho vigente. 109**

- 3.1 El entramado constitucional UE-Estados.
- 3.2 Síntesis de aspectos económicos y financieros.
  - 3.2.1 La configuración de la política monetaria. Actuaciones durante la crisis. Límites.
    - a) Principios configuradores de la política monetaria.
      - Marco legal.
      - Estabilidad de precios.
      - Independencia.
      - Funciones.
    - b) Estrategia, marco operativo y actuaciones durante la crisis.
      - Estrategia de política monetaria.
      - Marco operativo.
      - Actuaciones durante la crisis.
        - (1) Medidas de apoyo al crédito.
        - (2) Programa para el Mercado de Valores (SMP).
        - (3) Programa de Operaciones Monetarias de Compraventa (OMT).
        - (4) Programa de compra de valores del sector público (APP).

- c) Los límites de la política monetaria del SEBC/BCE.
- 3.2.2 Las nuevas reglas fiscales y la asistencia financiera.
- a) Política económica general: la Estrategia Europa 2020 y el Semestre Europeo como instrumento de coordinación de políticas económicas
    - La Estrategia Europa 2020.
    - El Semestre Europeo.
  - b) Las nuevas reglas fiscales.
    - *Six pack*
    - Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG) y *two pack*
  - c) La asistencia financiera. Mecanismos y programas nacionales.
    - Mecanismos de Apoyo Financiero
    - Programas de Asistencia Financiera
- 3.2.3 La integración financiera europea desde la crisis.
- a) El sistema financiero y la actuación de la UE durante la crisis.
  - b) La regulación financiera europea.
    - Asuntos bancarios. La regulación de los requerimientos de capital de las entidades de crédito: del Acuerdo Basilea III al single rule-book.
    - Lagunas regulatorias.
  - c) La supervisión financiera. De los colegios de supervisores a la nueva arquitectura europea de supervisión financiera.
    - Los colegios de supervisores financieros.
    - Sistema Europeo de Supervisión Financiera.
      - (1) Supervisión macro-prudencial. Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS/ESRB).
      - (2) Supervisión micro-prudencial. Sistema Europeo de Supervisores Financieros.
    - Normas técnicas y directrices de las autoridades europeas de supervisión (EBA, ESMA, EIOPS). El single rule book.
    - Mecanismo Único de Supervisión.
  - d) Especial referencia a la Unión Bancaria.
  - e) Sobre el paradigma financiero.

**TERCERA PARTE. CRISIS. 171**

**Capítulo 4. El problema del pluralismo. 173**

4.1 Planteamiento general: la insuficiencia de las normas que confieren poderes o distribuyen autoridad en la esfera de la Unión Europea.

4.1.1 Primacía.

4.1.1.1 Sentido general de la primacía.

- a) Sentido jurídico y político.
- b) Sentido económico.



- 4.1.1.2 Procesos de regionalización y sentido económico de la primacía.
- 4.1.1.3 La afirmación de la primacía: génesis y evolución.
  - a) Génesis. Los Tratados fundacionales.
  - b) Evolución jurisprudencial.
    - Sentencia *Costa contra Enel*.
    - Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*.
    - Sentencia *Simmenthal*.
  - c) La primacía en los textos legales.
- 4.1.1.4 Los límites de la primacía. La dialéctica primacía-supremacía constitucional
  - a) Las tensiones sobre el principio de primacía en el proceso de integración.
  - b) Primeras controversias. Los *contralímites* como respuesta a la pretensión de primacía incondicionada.
  - c) Tipos de límites.
    - Control Control de derechos fundamentales
    - Control *ultra vires*
    - Control de identidad constitucional.
  - d) ¿La superación de la controversia?
- 4.1.2 Identidad constitucional.
  - 4.1.2.1 Identidad constitucional y concepción clásica de soberanía. Las sentencias Maastricht y Lisboa del TCFA.
  - 4.1.2.2 Crítica a la concepción de la soberanía del TCFA.
- 4.2 Especial referencia a la situación en el marco UEM: identidad constitucional y diálogo jurisdiccional.
  - 4.2.1 Concreción del principio de identidad constitucional en materia financiera.
    - a) La sentencia de 31 de marzo de 1998 sobre el euro como epígono de la sentencia Maastricht.
    - b) La materia financiera en la sentencia Lisboa.
  - 4.2.2 Hitos jurisdiccionales de la gestión de la crisis.
    - 4.2.2.1 Primer hito: el paquete de asistencia financiera a Grecia.
    - 4.2.2.2 Segundo hito: la creación del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE).
    - 4.2.2.3 Tercer hito: el programa de compra de bonos soberanos por el BCE (OMT).
      - a) La sentencia del TJUE de 16 de junio de 2015 (Gauweiler et al.).
      - b) La sentencia del TCFA de 21 de junio de 2016.
        - Control y límites.
        - Condiciones adicionales.
- 4.3 Recapitulación y reflexiones finales.

5.1 La articulación de la nueva constitución económica: gobierno limitado y preferencia de lo privativo.

5.1.1 La nueva normatividad: el *limited government* o gobierno limitado.

5.1.2 Articulación internacional del gobierno limitado.

5.1.2.1 El marco de la cooperación.

- Los regímenes internacionales.
- El régimen financiero internacional.
- Los mecanismos.

5.1.2.2 El marco de la integración. Los procesos de regionalización.

5.1.3 Articulación del gobierno limitado en la integración europea.

5.1.3.1 La constitución económica (I): marco general.

- a) Modelo económico y constitución.
- b) Debate, concepciones y evolución de la constitución económica.

5.1.3.2 La constitución económica (II): (re)distribución de poderes e intervención económica.

- a) Federalismo competitivo.
- b) La reordenación de la separación de poderes clásica.
  - Excepcionalidad y *realpolitik*: el desplazamiento desde el legislativo hacia las instancias ejecutivas.
  - El desplazamiento hacia instancias judiciales.

5.1.3.2 La constitución económica (III): ¿Un cuarto poder, técnico?

- a) Evolución y rasgos generales.
- b) Encaje constitucional y separación de poderes dinámica.
- c) Control.
  - Indeterminación del derecho y discrecionalidad técnica.
  - Motivación, proporcionalidad y deferencia.
- d) Sobre la potestad normativa.

5.2 Especial referencia a la situación en el ámbito financiero y monetario.

5.2.1 Sobre cuestiones técnicas de la administración independiente en el ámbito financiero.

5.2.2 Sobre cuestiones políticas de la administración independiente en el ámbito financiero: paradigma financiero y Estado regulador.

- (1) Privatización de funciones. Las agencias de calificación crediticia.
- (2) Dilución de funciones públicas. Supervisión y cajas de ahorros.
- (3) Gobierno por reglas y política monetaria europea.

5.3 Recapitulación y reflexiones finales.

<b>Referencias bibliográficas.</b>	<b>339</b>
<b>Anexo I. Referencias normativas.</b>	<b>377</b>
<b>Anexo II. Código normativo único europeo (<i>single rule book</i>)</b>	<b>397</b>

## Tabla de Abreviaturas

BCE	Banco Central Europeo
BDE	Banco de España
BIS	Bank for International Settlements
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CMU	Capital Markets Union/Unión de Mercados de Valores
EBA	European Banking Authority / Autoridad Bancaria Europea
EDIS	European Deposit of Insurance Schemes/ Fondo Europeo de Garantía de Depósitos
EFTA/AELC	European Free Trade Association/ Asociación Europea de Libre Cambio
ESA	European Supervisory Authorities / Autoridades de Supervisión Europeas
ESFS/SESF	European System of Financial Supervisors / Sistema Europeo de Supervisión Financiera
ESMA	European Securities and Markets Authority / Autoridad Europea de Mercados y Valores
ESRB/JERS	European Supervisory Risk Board / Junta Europea de Riesgo Sistémico
FATF-GAFI	Financial Action Task Force/Grupo de Acción Financiera
FDR	Franklin Delano Roosevelt
FED	Reserva Federal de los EE.UU
FEEF	Facilidad Europea de Estabilización Financiera
FMI	Fondo Monetario Internacional
FSB	Financial Stability Board / Consejo de Estabilidad Financiera
IOSCO/OICV	International Organisation of Securities Commissions/Organización Internacional de Comisiones de Valores
LFB	Ley Fundamental de Bonn
MEDE	Mecanismo Europeo de Estabilización
MEEF	Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera
MUS	Mecanismo Único de Supervisión
NN. UU.	(Organización de) Naciones Unidas
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

OMT	Outright Monetary Transactions/Programa de compra de valores BCE
PDE	Procedimiento de déficit excesivo
PDM	Procedimiento de desequilibrios macroeconómicos
SEBC	Sistema Europeo de Bancos Centrales
SEC	(U.S.) Securities Exchange Commission
SMP	Securities Markets Programme/Programa para el Mercado de Valores BCE
TC	Tribunal Constitucional (España)
TCFA	Tribunal Constitucional Federal Alemán
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TECG	Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UEM	Unión Económica y Monetaria

## Prefacio

Si yo hubiera sabido qué problema es escribir un libro, no lo hubiera escrito y bien que me hubiera librado de todo esto. Nunca lo vuelvo a hacer.  
M. Twain. *Las aventuras de Huckleberry Finn*.

### *Razones y agradecimientos*

Las siguientes páginas están motivadas por la curiosidad. Años de carrera profesional en el ámbito financiero, durante los que la mayoría de las decisiones han venido marcadas por la urgencia, han generado una necesidad de cuestionar, clarificar y profundizar en algunos problemas relativos al gobierno de la economía. En estos años he constatado la enorme capacidad transformadora que posee el gobierno de lo público y tal vez por ello la insuficiencia de medios, especialmente críticos, con que cuenta.

Junto a esta curiosidad por conocer o necesidad de comprender, hay una segunda motivación: el compromiso como forma de acción. Compromiso o, si se prefiere, convicción que es triple. Primero, como funcionario público, el compromiso que acepté mediante la promesa de servicio a los ciudadanos, una promesa que creo lejana a la de la mentalidad burocrática, bien ejemplificada en aquel “personalmente, me adaptaré a lo que venga”<sup>1</sup> que refleja una preferencia por la asepsia en detrimento de la autonomía y la responsabilidad personales. En ese sentido, las páginas que siguen son una forma de respuesta a esa asepsia que tan poco tiene que ver con una administración democrática moderna. Segundo, por trayectoria personal y familiar, el compromiso ético con la justicia social y la mejora de las condiciones de vida, a través del trabajo cotidiano, pero también del esfuerzo crítico puesto al servicio de las posibilidades reales de transformación social, según la conocida fórmula que invita a poner la inteligencia al servicio de la justicia o según la no menos conocida propuesta de Walter Benjamin para asumir el deber de “organizar el pesimismo”. Como creo que es posible convertir este ideal en propósito práctico o concreto –no en vano el interés nace de la experiencia- me

---

<sup>1</sup> Casablanca, 1942:

“Captain Renault: We are very honored tonight, Rick. Major Strasser is one of the reasons the Third Reich enjoys the reputation it has today.

Major Heinrich Strasser: You repeat “Third” Reich as though you expected there to be others!

Captain Renault: Well, personally, Major, I will take what comes.”

parece especialmente oportuno traer a estas primeras páginas las palabras de E.H. Carr en *La crisis de los veinte años (1919-1939)*:

En el terreno de la acción, el realismo tiende a enfatizar el poder irresistible de las fuerzas existentes y el carácter inevitable de las tendencias existentes y a insistir en que la mayor sabiduría reside en aceptar y adaptarse a esas fuerzas y tendencias. Este tipo de actitud, aunque es mantenida en nombre del pensamiento 'objetivo', sin duda puede llegar a un punto en el que dé lugar a la esterilización del pensamiento y a la negación de la acción. (...) El pensamiento inmaduro es predominantemente intencional y utópico. El pensamiento que rechaza por completo el propósito es el pensamiento de la vejez. El pensamiento maduro combina el propósito con la observación y el análisis. (2004: 43)

Finalmente, un tercer compromiso es con el Derecho y concretamente con su concepción como instrumento de integración social y expresión democrática, algo que comprendimos los estudiantes de la Universidad Autónoma de Madrid en los días que siguieron al 14 de febrero de 1996. En tiempos de alta movilización política y crisis cultural, el Derecho, o más en concreto, el imperio de la ley democrática, bien podría funcionar como la argamasa que recomponga la creciente fractura social, de igual manera que, en sentido inverso, la ampliación de la brecha entre norma y realidad social puede acarrear consecuencias devastadoras.

Muy probablemente estas páginas no consigan todos los objetivos que algo más adelante se plantearán, pero al menos esperamos haber acertado con el tema de estudio, sabiendo que hay muy pocas cosas verdaderamente importantes sobre las que pueda decidirse. La primera es el punto de vista que adoptamos, que no es ni más, ni menos, que una decisión sobre la selección de realidad y sobre el ángulo desde el que esta se contempla. La segunda son los silencios que elegimos, silencios de los que sólo nosotros somos dueños y que a veces se convierten en alegorías de una historia que nuestra conciencia prefiere callar. En un mundo con tantas constricciones resulta verdaderamente maravilloso que sobre ambas podamos ejercer nuestra libertad, así que podría concluirse que casi todo consiste en forjarse criterio para elegir las bien y armarse de valor para defenderlas. Y así vienen a la memoria las conocidas palabras con que Italo Calvino concluye *Las ciudades invisibles*:

El infierno de los vivos no es algo que será; hay uno, es aquél que existe ya aquí, el infierno que habitamos todos los días, que formamos estando juntos. Dos maneras hay de no sufrirlo. La primera es fácil para muchos: aceptar el infierno y volverse parte de él hasta el punto de no verlo más. La segunda es peligrosa y exige atención y aprendizaje continuos: buscar y saber reconocer quién y qué, en medio del infierno, no es infierno, y hacerlo durar, y darle espacio.

...

Antes de emprender una aventura por tierra desconocida conviene siempre dejar un rastro de nuestras huellas y un apunte de nuestras deudas.

Lo que soy se lo debo a mis padres, Lucía y José, a mi hermano Ángel y a Manuela. Lo que aprendí se lo debo, además de a mi familia, a mis maestros, los de todos los tiempos, los que me enseñaron a disfrutar de la lectura y a comprender que la educación es la base de la libertad y de la igualdad.

Este trabajo no habría sido posible sin el consejo, el rigor y la paciencia extraordinarios de mis directores, Carmen Martínez Capdevila y Luis Rodríguez Abascal, que me han acompañado durante este tiempo haciéndome comprender que una tesis no debería ser nunca un catálogo de vanidades, sino un esfuerzo de modestia y asunción de las propias limitaciones. Su profesionalidad será siempre un ejemplo a seguir.





## INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA.

La cuestión metodológica. He dedicado una de mis obras a analizar y exponer la importancia que, para trabajar en el campo de las ciencias humanas tiene el hecho de encontrar y formular un primer paso, un punto de partida, un principio inicial. Lo que aprendí entonces e intenté exponer fue que no existe algo dado o fácil de encontrar que pueda ser considerado como un punto de partida: los principios tienen que establecerse de acuerdo a cada proyecto, de tal manera que posibiliten lo que viene a continuación.

Edward Said, *Orientalismo* (2002: 38).

### **Delimitación de la problemática**

Como afirmaba Edward Said, conviene tener presente la importancia del primer paso, que necesariamente tiene que ver con lo subjetivo, con el propio interés del investigador, y que siempre exige una previa delimitación, es decir, “implica necesariamente un acto por el que algo se separa de una gran masa de material y se extrae de ella para que represente y sea un punto de partida, un comienzo” (Said, 2002: 39). Es lo que Althusser –a quien en la misma reflexión se refiere Said- definiría certeramente como “la problemática”.

La problemática que se estudia en las siguientes páginas se compone del conjunto de textos y contextos que configuran el sistema de gobierno económico vigente en la Unión Europea y la hipótesis de la que partimos es la sospecha de que este sistema adolece de limitaciones jurídicas o jurídico-políticas que generan disfunciones (eficacia) y restringen las opciones o alternativas de política económica (democracia). Téngase en cuenta que hablamos de sistema de gobierno y no de gobernanza. Así mismo, nótese que no nos estamos refiriendo exclusivamente a las reglas e instituciones europeas sino al entramado que estas forman con las de los Estados. En ese sentido utilizaremos términos como metaconstitución europea o constitución compuesta.

Vayamos un paso más atrás. Conviene recordar en estos comienzos que el constitucionalismo<sup>2</sup> es, en esencia, un proyecto de racionalización del poder a través del Derecho que se desarrolla en el espacio político del Estado nación. Aunque los momentos fundacionales son siempre difusos y discutibles, existe amplio consenso en que apareció esencialmente como límite jurídico al poder en protección de los

---

<sup>2</sup> Veremos distintos usos o sentidos históricos y doctrinales dados a este término.

individuos y los territorios. Habitualmente se suele mencionar este elemento del constitucionalismo como liberal. Sin embargo, un segundo elemento se incorpora durante la desigual evolución histórica del constitucionalismo: el democrático, entendido como autogobierno colectivo. Podremos hablar entonces no sólo de juridificación del poder, sino de juridificación democrática del poder. El constitucionalismo se entiende así a partir de dos elementos, liberal y democrático, es decir, no solo *limita*, sino que también *constituye* poder como capacidad colectiva de autogobierno.

Hacia la segunda mitad del siglo XX, en paralelo al proceso de internacionalización de la economía característico de la globalización, el constitucionalismo se encuentra ante el reto de su internacionalización o, si se prefiere, ante el dilema de su insuficiencia como sistema de racionalización del poder en tanto que su base sea estatal<sup>3</sup>. Es en este contexto en el que comienza a plantearse la cuestión sobre las posibilidades de reconfiguración del constitucionalismo en un ámbito que supere al del Estado nación.

La integración europea es, en ese sentido, un experimento que refleja ambos procesos con una cierta ambivalencia. Por un lado, en tanto que más avanzado proceso de regionalización, puede ser considerado un programa de adaptación a la economía global, a la internacionalización de la economía. Por otro lado, también puede entenderse como esfuerzo de internacionalización del constitucionalismo o, menos pomposamente, de puesta en común de capacidades de gobierno, en la medida en que instaure una comunidad de derecho supraestatal, un proyecto de racionalización del poder con incidencia directa sobre los ciudadanos de los Estados miembros y con primacía de aplicación sobre el Derecho nacional.

Y sin embargo, las tensiones generadas por la crisis financiera extendida desde 2008 sobre el proyecto europeo y, en particular, sobre su sistema de gobierno económico y financiero han puesto de manifiesto las dificultades, tal vez las contradicciones, de este proyecto ambivalente de adaptación a la economía global y de constitución de una comunidad de Derecho supraestatal, un proyecto que parecía encaminado a hacer

---

<sup>3</sup> No se trata sólo de plantear el problema de la internacionalización del constitucionalismo, sino de su propia supervivencia en la medida en que sus resortes clásicos, vinculados al Estado nación, puedan resultar insuficientes dentro de una economía global.

realidad un programa de constitucionalismo superador del espacio nacional y capaz de solucionar el conocido trilema planteado por Rodrik (2012) según el cual entre democracia, apertura económica y soberanía nacional sólo dos de los factores pueden cumplirse a la vez.

En definitiva, planteamos que el problema principal del Derecho público –de gobierno– hoy es, como señala Bayón (2013: 58), tratar de entender cómo afecta la transformación de la economía política global y, en particular, la ruptura de la dicotomía nacional-internacional al constitucionalismo definido como proyecto de racionalización del poder mediante el Derecho democrático. Creemos que una forma de delimitar esta cuestión es tratar de comprenderla en un ámbito en el que la ruptura de la dicotomía es si cabe mayor, el de la UE, y en una materia, la financiera o económico financiera, en la que la lógica del poder adquiere una fuerte intensidad, hasta el punto de constituir probablemente el principal vector de análisis alternativo al político-militar dentro de las relaciones internacionales.

En nuestra hipótesis de partida identificamos dos problemas generales que vamos a considerar problemas o deficiencias de la capacidad colectiva europea de autogobierno<sup>4</sup>:

(1) El primero es cómo afecta a las posibilidades de autogobierno la ausencia o insuficiencia de las normas que confieren poderes o distribuyen autoridad cuando determinadas funciones deben ejecutarse en el plano supraestatal, como es el caso de la Unión Económica y Monetaria (UEM). A diferencia de otros enfoques, más centrados en los mecanismos jurídicos y económicos necesarios para completar la UEM, el nuestro se centrará principalmente en los valores, es decir, en la necesidad de articular un modelo que respete la seguridad jurídica y que, en tanto que suponga una reformulación del constitucionalismo en el ámbito supranacional, pueda calificarse verdaderamente de pluralismo constitucional.

(2) El segundo problema que planteamos es una limitación de las capacidades de gobierno de la economía que procede de la instauración de lo que Sassen ha llamado nueva normatividad global transnacional. Una determinada visión ideológica que se

---

<sup>4</sup> Es decir, en los dos casos, nos centramos en el elemento democrático, en las capacidades de autogobierno, sin perjuicio de atender al elemento liberal donde proceda.

plasma mediante una nueva delimitación del espacio entre lo público y lo privado y que se articula a través de una serie de mecanismos jurídicos que restringen las alternativas de política económica.

## **Enfoques y disciplinas**

En el prefacio resaltábamos la importancia de elegir correctamente el punto de vista desde el que dirigir nuestra atención, pues ello condicionará necesariamente la problemática, su tratamiento y las eventuales respuestas o conclusiones. Nuestro enfoque será interdisciplinar -aunque principalmente jurídico-, crítico y de ámbito europeo dentro de un contexto global.

Estos rasgos pueden condensarse en la pretensión de estudiar el Derecho en su contexto o, si se prefiere, en la necesidad de aproximarse a una teoría social que, como señala C. Joerges, incluya la dimensión sociológica del Derecho, como respuesta al hecho académico de que, aunque, desde luego, los constitucionalistas, comunitaristas e internacionalistas se ocupan del “derecho de la economía”, parece que “siguen primando los enfoques sectoriales y han delegado tales cuestiones a los expertos de las disciplinas jurídicas sustantivas” (Joerges, 2005: 12). En consecuencia, nuestro enfoque trata de salvar la dificultad de unir la perspectiva constitucional e internacional, necesariamente amplia, con el análisis más concreto de una materia jurídica, la financiera, de creciente complejidad y profusión.

Se llevará a cabo un tratamiento interdisciplinar del objeto de investigación. Aunque el Derecho sea la piedra angular, la teoría política<sup>5</sup>, la historia de las relaciones internacionales<sup>6</sup> o la economía política internacional<sup>7</sup>, son, entre otros, campos que encontraremos plenamente imbricados.

---

<sup>5</sup> Sobre las relaciones entre las Relaciones Internacionales y la Filosofía Política, véase Barbé (2006: 40-45). Citando a M. Wight en *International Theory. The three traditions*, Leicester UP, Londres, 1991, Barbé apunta a tres tradiciones del pensamiento en la teoría de las relaciones internacionales: maquiavelina (o hobessiana), kantiana y grociana. No obstante preferimos el término “Teoría Política” (véase Arendt, H., *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 2005).

<sup>6</sup> Aunque el surgimiento de la disciplina de las Relaciones Internacionales hacia 1919 está vinculado al estudio de las cuestiones sobre la guerra y sobre la paz (desde los 14 puntos de Wilson al Informe sobre la paz de Lenin, es decir, con ascendente liberal y marxista), nuestro enfoque se aparta un tanto de esa tradición para centrarse en el hecho financiero, sin pretender restar importancia al hecho político-militar.

<sup>7</sup> Algunos autores señalan la Economía Política Internacional como disciplina autónoma y otros como subdisciplina de las Relaciones Internacionales. Lo importante, a nuestros efectos, es que se centra en el

Nuestro enfoque será crítico<sup>8</sup> en el sentido en que explica Robert Cox (1981), para quien frente a las teorías que atienden simplemente a la necesidad de soluciones técnicas para reparar problemas de funcionamiento de un sistema o paradigma que se acepta como dado, las teorías críticas ponen en cuestión ese paradigma dominante y la organización del mundo que le acompaña; instituciones, relaciones sociales y de poder, y sus representaciones no se toman como datos dados, sino que se interroga sobre sus orígenes, su contexto y su forma de evolucionar históricamente.

Finalmente, la investigación se centra en el ámbito europeo, si bien las dinámicas jurídicas y políticas que se tratan no sólo tienen alcance parcial o regional, sino que han de considerarse imbricadas en el más amplio ámbito global poswestfaliano<sup>9</sup>.

### **Estructura y objetivos**

Diferenciamos tres objetivos a los que responde el subtítulo y cada una de las tres partes en que hemos estructurado el trabajo: (1) contextos, (2) normas, (3) crisis.

*Primero.* Tratamiento contextualizado.

Como primer objetivo o elemento de singularidad, procederemos a la *contextualización histórica* del largo plazo o larga historia internacional y financiera. Ello permitirá comprender y enfatizar algunas dinámicas jurídicas y políticas (*realpolitik*) que quedan con frecuencia desatendidas en estudios meramente positivistas que responden a la lógica de la solución de problemas jurídicos sin tratar el Derecho en su contexto histórico y filosófico. A ello dedicaremos la primera parte.

---

estudio de las cuestiones económicas de las relaciones internacionales, integrándolas con las cuestiones políticas, es decir, resaltando su importancia, pero negando su separación. Para una vista panorámica de la disciplina puede verse, por ejemplo, Chavagneux, Ch., *Économie politique internationale*, Ed. La Découverte, Paris, 2004.

<sup>8</sup> En ese sentido, el trabajo también posee un cierto carácter normativo, en tanto que no sólo se pretende comprender un problema, sino articular formas de comprensión que contribuyan a la transformación. Sobre el “floreamiento” de las teorías normativas véase, por ejemplo, Barbé, 2006, pp. 89 y ss.

<sup>9</sup> Por el momento, utilizamos la expresión poswestfaliano, cuya carga semántica se centra en el fin del orden westfaliano, algo generalmente compartido, en lugar de otras expresiones como posnacional o transnacional, que incorporan discutibles descripciones y/o prescripciones sobre el nuevo orden.

A tal fin, desarrollaremos para comenzar unos breves apuntes sobre dos *cuestiones preliminares*: el concepto de *longue durée* o largos períodos enunciado por F. Braudel y la obra de E.H. Carr dentro del debate sobre el realismo en el estudio de la sociedad internacional. Frente a la historia corta de los acontecimientos y a la historia cuantitativa o historia cíclica, de coyuntura, Braudel reivindica, la *longue durée* de la historia, la historia de larga duración que permite apreciar la tendencia secular y las estructuras o lo que podríamos llamar las condiciones histórico-sociales de posibilidad y sus límites. Se entenderá que el segundo apunte resalte la diferencia entre aquellas corrientes de estudio de las relaciones internacionales que consideran y resaltan que la historia es cambiante (Vico) y las que presentan la historia como una especie de racionalidad absoluta, más o menos determinada y no alterable.

En segundo lugar, dividiremos “la larga historia del capitalismo moderno” en varios *períodos* delimitados a efectos meramente expositivos. En cada uno de ellos analizaremos los principales elementos constitutivos del sistema internacional, pero sobre todo prestaremos atención a una serie de cuestiones financieras clave, en tanto que el valor añadido del análisis *longue durée* es precisamente el de poder entender como leitmotiv la importancia del hecho financiero. Podremos así situar el análisis del gobierno económico y financiero europeo en su contexto inmediato, pero también dentro de la larga historia financiera internacional.

Aún dentro de la primera parte, *contextos*, nos referiremos también a lo que hemos llamado *contextualización filosófica*. Efectuaremos un repaso breve de los elementos del constitucionalismo histórico y de su evolución como proceso de racionalización del poder, así como de algunos de los debates actuales sobre su reformulación a escala supraestatal. En particular, nos centraremos en dos de las cuestiones suscitadas por esos debates: la primera en torno al llamado pluralismo constitucional y la segunda sobre la instauración transnacional de una nueva normatividad global. Ambas discusiones doctrinales nos ayudarán a tratar los dos problemas en que dividimos la tercera y última parte de la tesis.

*Segundo.* Compilación de normas de Derecho positivo poscrisis.

Una segunda aportación, menos vistosa tal vez, pero necesaria a la vista del pandemónium existente, es la de servir de compilación de referencias del marco normativo general y de las actuaciones adoptadas en materia económica y financiera desde el surgimiento de la crisis, que podemos fijar en 2008<sup>10</sup>. A ello dedicaremos la segunda parte y el anexo compilatorio de referencias.

Esta segunda parte responde al objetivo autónomo de cartografiar el selvático tejido de medidas regulatorias y de carácter ejecutivo en el ámbito económico y financiero europeo posterior a la crisis. También responde a la necesidad de tener presente ese panorama regulatorio a la hora de analizar los problemas de gobierno que trataremos en la tercera parte. Con estos objetivos en mente nos referiremos a los tres pilares del gobierno económico y financiero: monetario, fiscal y financiero *stricto sensu*.

*Tercero.* Crisis de la juridificación democrática del poder económico.

Como decíamos en la delimitación de la problemática, se trata de plantear cómo afecta la transformación de la economía política global y, especialmente, la ruptura de la dicotomía nacional-internacional al constitucionalismo definido como proyecto de racionalización del poder mediante el Derecho democrático. En consecuencia, esta tercera parte es quizás la más relevante para nuestro planteamiento en la medida en que en torno a dicha problemática se lleva a cabo el análisis diferenciado de dos problemas de gobierno económico europeo.

---

<sup>10</sup> Como ocurrirá en otras ocasiones, la fijación de una fecha para explicar un período o, como en este caso, las actuaciones que en él tienen lugar, resulta en buena medida aleatoria y normalmente se apoya en algún detonante que sirve para que afloren dinámicas largo tiempo ocultas. El detonante habitualmente utilizado para situar la crisis financiera en 2008 es la quiebra de Lehman Brothers (Lehman Brothers Holdings, Inc.), seguida de la venta de Merrill Lynch a Bank of America. Véase la prensa del lunes 15 de septiembre de 2008, por ej.: <http://www.nytimes.com/2008/09/15/business/15lehman.html> Véase también la nota de prensa de la U.S. Securities Exchange Commission (SEC) del mismo día: <https://www.sec.gov/news/press/2008/2008-198.htm>

Téngase en cuenta que la importancia de la quiebra de este banco especializado en servicios financieros de inversión se encuentra directamente relacionada con el contagio al conjunto del sistema financiero global, debido a las relaciones con sus contrapartes y su implantación global (más de cuarenta países). De ello da una idea el subsiguiente proceso de insolvencia transfronteriza (más de setenta procesos en distintas jurisdicciones). Sobre la ingente bibliografía aparecida sobre la crisis financiera véase Aliber, R.Z., y Kindleberger Ch.P., *Manias, Panics, and Crashes. A History of Financial Crisis*, 7ª ed., Palgrave MacMillan, NY, pp. 16-18.

El primero es el problema de las capacidades de gobierno económico y financiero europeo conforme al actual *statu quo*. Es este un problema vinculado al tránsito desde el Estado nación al proyecto europeo de comunidad de Derecho supraestatal. Se trata del agotamiento de las posibilidades de los principios clásicos, en particular, del de primacía, para articular las relaciones entre los ordenamientos estatales y el europeo, unido a un desarrollo del principio de identidad constitucional que parece limitar las posibilidades de la atribución de competencias. Ello puede resultar especialmente disfuncional en el ámbito financiero, especialmente si tenemos en cuenta que a la hora de diseñar la arquitectura de la UEM se optó por una unión monetaria sin unión fiscal, lo que puede generar asimetrías, rigideces y debilidades adicionales, especialmente en tiempos de tensión financiera. Avanzamos que, a nuestro juicio, resulta muy dudoso que, al menos en este ámbito, el diálogo judicial *ad hoc*, a partir de la modulación del principio de identidad constitucional, sea una solución satisfactoria ni en cuanto a la agilidad que proporciona al proceso de toma de decisiones, ni, sobre todo, en cuanto al peso que en el arreglo entre tribunales puedan tener los factores estratégicos (la *realpolitik*, por ejemplo, la relación entre deudores y acreedores).

El segundo problema aparece vinculado al acoplamiento nacional y europeo a la globalización económica. Se trata de la aparición de lo que Sassen denomina nueva normatividad global y de su implantación mediante distintos mecanismos jurídicos que pueden calificarse de *gobierno limitado*, en tanto que incorporan una consideración restrictiva de la intervención del Estado. Así, los gobiernos se encuentran ante un achicamiento del ámbito constitucionalmente disponible para las distintas alternativas de política económica. Entre estos mecanismos jurídicos destacan en el ámbito transnacional, los regímenes internacionales, el llamado *soft law* o los procesos de regionalización entre los que el europeo resulta paradigmático. En el ámbito europeo, el mecanismo jurídico que propicia ese achicamiento de las opciones es resultado de una mutación constitucional –en buena medida de inspiración alemana–, desde una constitución económica neutra a otra de carácter sustantivo que prima lo privativo. Como veremos, en el ámbito financiero esta nueva normatividad que se implanta como límite a la acción de gobierno se concreta en una determinada demarcación de funciones entre lo público y lo privado que se convierte en paradigma pretendidamente inmutable, cuando se trata, en verdad, de un conjunto de decisiones históricas a partir de las cuales el Estado organiza su propia retirada.



Apuntamos, para concluir, que ambos problemas se entrelazan en la medida en que limitan las capacidades de gobierno, pero, en tanto que tales limitaciones traen causa de procesos y mecanismos diferentes, metodológicamente requieren el tratamiento diferenciado que en este trabajo ofrecemos.

A esta cuestión dedicaremos la tercera parte de la tesis.

Finalmente, aclaramos que los dos primeros bloques (*contextos, normas*) responden a objetivos independientes o diferenciados, pero también al objetivo conjunto de este trabajo, el análisis de los problemas que se tratan en el tercer y último bloque (*crisis*).



## **PRIMERA PARTE. CONTEXTOS.**



## Capítulo 1. Contextualización histórica.

Los requisitos prácticos subyacentes a todo juicio histórico dan a la historia toda el carácter de ‘historia contemporánea’, porque por remotos temporalmente que nos parezcan los acontecimientos así catalogados, la historia se refiere en realidad a las necesidades presentes y a las situaciones presentes en que vibran dichos acontecimientos.

B. Croce, *La historia como hazaña de la libertad*.<sup>11</sup>

### 1.1 Introducción.

Para comenzar desarrollaremos brevemente dos cuestiones preliminares: el concepto de *longue durée* acuñado por F. Braudel y el debate sobre el realismo en el estudio de la sociedad internacional, en particular la cisión de E.H.Carr. En segundo lugar, dividiremos lo que hemos venido en calificar la *modernidad amplia*<sup>12</sup> o larga historia del capitalismo moderno en cuatro períodos delimitados conforme a criterios de cambio estructural aunque a efectos meramente expositivos. En cada período analizaremos los rasgos o elementos constitutivos del sistema político internacional y de su dimensión económica que nos permiten entenderlo como un tiempo diferenciado. Prestaremos siempre una especial consideración a los aspectos jurídicos y a las ideas, valores y consensos, es decir, a la cosmovisión predominante. Pero, sobre todo, trataremos de identificar las cuestiones financieras más relevantes a fin de trazar la influencia del hecho financiero en las relaciones interestatales a lo largo del tiempo y así poder comprender el actual gobierno económico europeo dentro de los cambios de paradigmas que pueden observarse en la larga historia financiera.

---

<sup>11</sup> La idea contenida en estas palabras de Croce puede resumirse en la también cita del italiano: “toda historia es historia contemporánea”. Citado por E.H. Carr en *Qué es la historia?*, p.28 (traducción de la obra de Croce, edición del FCE, México).

<sup>12</sup> O simplemente la modernidad. El término modernidad es siempre inestable, pero creemos que puede hablarse de modernidad para referirse a todo el período.

## 1.2 Cuestiones preliminares.

### 1.2.1 El concepto de *longue durée*.

El descubrimiento masivo del documento ha hecho creer al historiador que en la autenticidad documental estaba contenida toda la verdad.

F. Braudel<sup>13</sup>, *La historia y las ciencias*.

Según Braudel, existen distintas perspectivas historiográficas que resulta preciso diferenciar en toda investigación social y, muy particularmente, en las que tratan cuestiones que afectan a la economía política internacional. Una primera perspectiva historiográfica corta viene fundamentada por los acontecimientos, por los hechos históricos. Esta “historia tradicional” se encuentra, según el autor, “atenta al tiempo breve, al individuo y al acontecimiento” y nos tiene acostumbrados a un “relato precipitado, dramático, de corto aliento” (Braudel, 2006: 3).<sup>14</sup>

Frente a ella, los avances de la historiografía han llevado a una “nueva historia económica y social que coloca en el plano de su investigación la oscilación cíclica y la apuesta por su duración: se ha dejado embaucar por el espejismo de las alzas y caídas cíclicas de precios”. Es lo que el autor llama el relato o el “recitativo de la coyuntura” (Braudel, 2006: 6-7),

Aparece un nuevo modo de relato histórico - cabe decir el «recitativo» de la coyuntura, del ciclo y hasta del «interciclo» - que ofrece a nuestra elección una decena de años, un cuarto de siglo y, en última instancia, el medio siglo del ciclo clásico de Kondratieff<sup>15</sup>. Por ejemplo, si no se tienen en cuenta breves y superficiales accidentes, hay un movimiento general de subida de precios en Europa de 1791 a 1817; en cambio, los precios bajan de 1817 a 1852: este doble y lento movimiento de alza y de retroceso representa un interciclo completo para Europa y casi para el mundo entero. Estos períodos cronológicos no tienen, sin duda, un valor absoluto.

Y frente a estas dos perspectivas, la historia corta o episódica de los acontecimientos, y el recitativo de la coyuntura (la historia cuantitativa o historia cíclica), Braudel reclama

---

<sup>13</sup> Fernand Braudel, *La Historia y las Ciencias*, publicado como artículo en 1958 en *Débats et Combats*. La traducción castellana de los distintos extractos que citamos corresponde a la versión publicada en la Revista Académica de Relaciones Internacionales, Núm. 5 Noviembre de 2006, UAM-AEDRI. Véase también la obra íntegra, *La historia y las ciencias* [La larga duración, en la historia y las ciencias sociales, Capítulo 3], Alianza Editorial, Madrid, 1979 (4ª Edición).

<sup>14</sup> Sobre el dato histórico véase. Carr, E.H., *¿Qué es la historia?* (Conferencias "George Maculay Trevelyan" dictadas en la Universidad de Cambridge en enero-marzo de 1961), Seix Barral, Barcelona 1978.

<sup>15</sup> Kondratieff, Nikolai (1926) “Los grandes ciclos de la actividad económica”, en Haberler, G. (ed.), *Ensayos sobre el Ciclo Económico*, F.C.E., México, 2ª edición 1956, pp. 35-36. Según la teoría de las ondas o ciclos largos de Kondratieff, recogida y modulada por economistas posteriores como Schumpeter, pueden diferenciarse ciclos de expansión, estancamiento y recesión, con fuerte interrelación con las dinámicas sociales. Véanse también los estudios de Immanuel Wallerstein sobre el “sistema mundo”.

una tercera perspectiva, la historia *longue durée* o la historia a largo plazo, a partir de dos claves: la tendencia secular –lo que, en términos menos económicos, podríamos llamar el espíritu de los tiempos, el *zeitgeist*- y la estructura o lo que podríamos llamar la evolución de las condiciones histórico-sociales de posibilidad y sus límites,

Más allá de los ciclos y de los interciclos está lo que los economistas llaman, aunque no siempre lo estudien, la *tendencia secular*. Constituyen una primera llave. (...) La segunda, mucho más útil, es la palabra *estructura*<sup>16</sup>. Buena o mala, es ella la que domina los problemas de larga duración. Los observadores de lo social entienden por estructura una organización, una coherencia, unas relaciones suficientemente fijas entre realidades y masas sociales. Para nosotros, los historiadores, una estructura es indudablemente un ensamblaje, una arquitectura; pero, más aún, una realidad que el tiempo tarda enormemente en desgastar y en transformar. Ciertas estructuras están dotadas de tan larga vida que se convierten en elementos estables de una infinidad de generaciones: obstruyen la historia, la entorpecen y, por tanto, determinan su transcurrir. Otras, por el contrario, se desintegran más rápidamente. Pero todas ellas constituyen, al mismo tiempo, sostenes y obstáculos. En tanto que obstáculos, se presentan como límites (envolventes, en el sentido matemático) de los que el hombre y sus experiencias no pueden emanciparse. Piénsese en la dificultad de romper ciertos marcos geográficos, ciertas realidades biológicas, ciertos límites de la productividad, y hasta determinadas coacciones espirituales: también los encuadramientos mentales<sup>17</sup> representan prisiones de larga duración. (Braudel, 2006: 8-9)

Braudel muestra la importancia de que todas las disciplinas sociales tengan en cuenta esta triple opción historiográfica –historia corta, historia coyuntural e historia larga- y que reparen en la última de ellas, la *longue durée*, como perspectiva más propicia para la comprensión interdisciplinar del hecho social. Así señala:

Si la historia está abocada, por naturaleza, a prestar una atención privilegiada a la duración, a *todos* los movimientos en los que ésta puede descomponerse, la larga duración nos parece, en este abanico, la línea más útil para una observación y una reflexión comunes a las ciencias sociales. ¿Es exigir demasiado el pedirles a nuestros vecinos<sup>18</sup> que en un momento de sus razonamientos refieran a este eje sus constataciones o sus investigaciones? (Braudel, 2006: 32)

Tomamos la palabra de Braudel, ya que para nuestra investigación, fundamentalmente jurídica, este enfoque de larga historia resulta especialmente útil.

---

<sup>16</sup> Las cursivas son nuestras.

<sup>17</sup> Así que en cierto modo el horizonte de posibilidades en un determinado momento histórico depende del horizonte de expectativas vigente en ese momento histórico, horizonte que, precisamente la perspectiva *longue durée* permite ampliar. Ese horizonte de expectativas dependería del marco de pensamiento o si se prefiere, según el clásico concepto gramsciano, del sentido común de la época. Muy cercana a estas ideas se encuentra la idea de Historia en movimiento de E.H. Carr a partir de la cual se afirma que la evolución de la Historia es consustancial y nace de la continua relación entre presente y pasado. Todas ellas tienen como referente a G.Vico. Sobre el filósofo napolitano puede verse Berlin, I., *Vico y Herder: dos estudios en la historia de las ideas*, Cátedra, Madrid, 2000.

<sup>18</sup> Vecinos disciplinares.

### 1.2.2 El realismo de E.H. Carr en el estudio de la sociedad internacional<sup>19</sup>.

De los muchos debates que tejen las disciplinas académicas, el que tal vez sea el principal dentro de las relaciones internacionales es el que diferencia entre realistas e idealistas. Barbé lo señala como debate fundacional de la disciplina moderna, en tanto que subsume las distintas tradiciones del pensamiento aplicadas al hecho internacional (Barbé, 2006: 44). E.H. Carr (2004: 78) lo plantea como reacción al idealismo wilsoniano de entreguerras del que destaca su abstracción y, especialmente, su error de diagnóstico. Aunque incardinado dentro de lo que los estudiosos de las teorías de las relaciones internacionales llaman realismo clásico, Carr asume la condición cambiante de las instituciones y permanece alejado del determinismo realista que, según sus propias palabras, “tiende a despreciar el papel del propósito y a mantener, explícita o implícitamente, que la función del pensamiento es estudiar una secuencia de acontecimientos que no tiene el poder de influir o alterar” (2004: 43), visión que como decíamos ya en el prefacio, puede dar “lugar a la esterilización del pensamiento y a la negación de la acción” (2004: 43), lo que siempre resultará sumamente interesante para quien pretenda conservar un determinado *statu quo*,

El burócrata, tal vez más explícitamente que cualquier otra clase dentro de la comunidad está ligado al orden existente, al mantenimiento de la tradición y a la aceptación del precedente como criterio ‘seguro’ de acción. Así la burocracia degenera fácilmente en el formalismo rígido y vacuo del mandarín. (Carr, 2004: 51)

Como señala Barbé<sup>20</sup>, lo que Carr pretende es buscar métodos que permitan el “cambio pacífico” en la sociedad internacional, entendiendo que el cambio es necesario y, en un sentido u otro, inevitable, como resultado de los ajustes en términos de poder entre los Estados y demás actores de la sociedad internacional y de la insatisfacción relativa de una parte de ellos con el orden existente<sup>21</sup>. Carr ocupa por ello un tercer espacio entre realismo y utopismo gracias a la distinción entre los planos descriptivo (el diagnóstico), normativo (los valores) y prescriptivo (lo que se propone, teniendo en cuenta los otros dos planos).<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> El realismo de Carr nos permite efectuar una lectura de la sociedad internacional en clave de *realpolitik*, pero que a su vez tenga una pretensión transformadora.

<sup>20</sup> Prólogo a Carr, E.H., *La crisis de los veinte años (1919-1939). Una introducción al estudio de las relaciones internacionales*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2004, p. 18.

<sup>21</sup> Carr aboga por el cambio pacífico, pero critica duramente las propuestas y el pensamiento que ha dominado en el período de entreguerras, asentados en la lógica de la *armonía de intereses*.

<sup>22</sup> Frente al realismo de Carr y más en línea con el realismo de otros autores, clásicos, como Morgenthau, resulta verdaderamente relevante el giro neorrealista que se produce entre los años 50 y finales de los los



Vemos que estas dos cuestiones preliminares -el enfoque *longue durée* y el realismo de Carr- resultan complementarias. Parece que las posibilidades de transformación de la historia parten de la necesaria comprensión de las estructuras que rigen más allá de la historia fáctica y de la historia coyuntural, es decir, de las que cristalizan en largos períodos históricos. La contextualización histórica que sigue, aunque necesariamente condensada, no responde ni a una mera síntesis de antecedentes a efectos informativos, ni sólo a la necesidad de entender la incardinación del proceso de integración europea en la historia internacional, sino a la necesaria puesta en cuestión de aquel marco epistemológico que pretende aislar el Derecho positivo de su contexto a efectos de inmovilizar el horizonte de posibilidades.

### 1.3. Grandes períodos de la modernidad económica<sup>23</sup>.

Fijar un punto de partida en la historia es tarea de gran discrecionalidad. Aunque podamos referirnos a acontecimientos o períodos históricos anteriores, nuestro punto de partida en la historia es ese día entre 1780 y 1790 en el que Hobsbawn sitúa la eclosión de la Revolución Industrial, iniciando así la gran transformación que se producirá con la doble revolución,

¿Qué significa la frase “estalló la Revolución Industrial”? Significa que un día entre 1780 y 1790 y por primera vez en la historia humana, se liberó de sus cadenas al poder productivo de las sociedades humanas, que desde entonces se hicieron capaces de una constante, rápida y, hasta el presente ilimitada multiplicación de hombres, bienes y servicios. Esto es lo que ahora se denomina técnicamente por los economistas “el despegue (*take-off*) hacia el crecimiento autosostenido”. (Hobsbawn, 2003a: 35)

---

años 70 (a partir de Waltz), que obedece a los fines de la política exterior de los EE.UU.: “This (American) version of realism is a ‘science at the service of big-power management of the international system’” (Leysens 2008: 41 citando a Cox).

Aunque avancemos algo de lo que nos ocuparemos más adelante, una derivada nada menor de este giro realista se observa en el campo económico. Así, por ejemplo, Friedman y Schwartz y su *Historia Monetaria de los EE.UU.* presentan una suerte de fin de la historia de la macroeconomía en pro de una historia monetaria automática (reglas y no autoridades) (Friedman, M., Schwartz, A.J., *A monetary history of the United States: 1867-1960*, National Bureau of Economic Research, New York, 1966). A ello nos referiremos en la tercera parte (capítulo V).

Resaltamos para concluir que la reacción crítica frente al nuevo realismo como paradigma dominante en las relaciones internacionales surge principalmente tras el fin de la guerra fría. Como describen Diez y Steans (2005) en su análisis de los trabajos de Habermas con incidencia en las relaciones internacionales, tal reacción surge como revitalización de la tradición emancipatoria frente a dicho paradigma o proyecto epistemológico neorrealista (y luego neo-neo), que viene asociado a una estrategia de conservación política del *statu quo* y caracterizado por el planteamiento de los problemas políticos como cuestiones técnicas.

<sup>23</sup> Son muchos los autores que utilizan la larga duración para explicar problemas relativos a la sociedad internacional, sobre todo –como señala Barbé (2006: 85)- después del final de la guerra fría. Cada uno establece periodizaciones y tratamientos diferenciados en función del objeto de su investigación y de sus propios objetivos. Entre otros destacan, además de Cox, Wallerstein, Modelski, Held (véase Barbé, pp. 86 y ss.).

El propio Hobsbawm reconoce que bien podríamos remontarnos a momentos anteriores - desde luego al siglo XVII británico-, pero que “en la década de 1780 la economía emprendió el vuelo.” (2003a: 35-36), se aceleró como nunca antes, propiciando una transformación<sup>24</sup> que supuso una sustitución de las estructuras sociales sin precedentes, tal vez el acontecimiento más importante desde la aparición de la agricultura o las ciudades.

En Gran Bretaña y, por tanto, en todo el mundo, este período inicial de industrialización si empezó con el *take-off* en la década de 1780 podemos afirmar que concluyó con la construcción del ferrocarril y la creación de una fuerte industria pesada en Inglaterra en la década de 1840<sup>25</sup>. Pero la revolución en sí, el período de *take-off*, puede datarse, con la precisión posible en tales materias en los lustros que corren entre 1780 y 1800, es decir, simultáneamente, aunque con ligera prioridad a la Revolución Francesa. (Hobsbawm 2003a: 35)

La paradoja de fijar un punto de partida, un momento en la historia –que hemos fijado en la época de la doble revolución-, es que siempre es preciso retrotraerse aún un poco más, a un punto anterior, para tratar de comprender el mundo previo a la gran transformación.<sup>26</sup> 1400 es para muchos autores el momento fundacional de la economía global, coincidiendo con la eclosión del expansionismo europeo. Debe reconocerse de antemano que la economía previa a los *siglos europeos*<sup>27</sup> era mucho más variada e

---

<sup>24</sup> Reproducimos aquí este pequeño fragmento de Hobsbawm, como inmejorable y necesaria síntesis: “La revolución producida entre 1789 y 1848 (...) supuso la mayor transformación en la historia humana desde los remotos tiempos en que los hombres inventaron la agricultura y la metalurgia, la escritura, la ciudad y el Estado. Esta revolución transformó y sigue transformando el mundo entero. (...) La gran revolución de 1789-1848 fue el triunfo no de la ‘industria’ como tal, sino de la industria ‘capitalista’; no de la libertad y la igualdad en general, sino de la ‘clase media’ o ‘sociedad burguesa’ y liberal; no de la ‘economía moderna’, sino de las economías y estados en una región geográfica particular del mundo (parte de Europa y algunas regiones de Norteamérica) cuyo centro fueron los Estados rivales de Gran Bretaña y Francia. La transformación de 1789-1848 está constituida sobre todo por el trastorno gemelo [la doble revolución francesa, política, y la Revolución Industrial inglesa] iniciado en ambos países y propagado en seguida al mundo entero.” (Hobsbawm 2003a: 9)

<sup>25</sup> Sin que obviamente pueda tomarse esto hasta el pie de la letra y considerar propiamente la Revolución Industrial como un episodio con principio y fin.

<sup>26</sup> Eric Hobsbawm da cuenta de una primera gran transformación, la agrícola, y de una segunda gran transformación a la que nos hemos referido más arriba –la que tendría lugar con la doble revolución francesa e industrial. Otros autores (Castells) se preguntan –reconociendo la falta de perspectiva- si no estaremos viviendo la tercera gran transformación –la de la información. En la medida en que la falta de perspectiva nos limita, nos parece aventurado plantear mucho más que esta pregunta sin respuesta. Del mismo modo escapan a nuestro objeto las reflexiones sobre la primera gran transformación. En consecuencia, nos centraremos en la segunda, comenzando por el período previo a esa gran transformación.

<sup>27</sup> Nota sobre el *eurocentrismo*. Nos parece que analíticamente no puede dejar de observarse el “eurocentrismo del mundo al menos entre 1400 y 1900”. No queremos olvidar la existencia de culturas desarrolladas en otras latitudes, de puntos de vista distintos, pero aceptando que esos siglos se caracterizan por una voluntad expansiva europea que además resulta exitosa en términos de poder y hegemonía. Obviamente ese período expansivo y triunfal de cinco siglos no es homogéneo, porque las

interdependiente de lo que a menudo se ha reconocido<sup>28</sup>, pero puede decirse también que a partir del *quattrocento* aumentan exponencialmente los contactos de todo tipo entre regiones (O'Brien/Williams, 2007: 44). Comenzará entonces el “proceso de expansión, conquista y colonización” (del Arenal, 2001: 30) europea enmarcado en una nueva configuración política, económica y social que se caracteriza en el plano interno por la aparición de Estados-nación fuertes y en el internacional por la rivalidad de estos entre sí.

Tres aspectos de este momento histórico resultan de interés para nuestro trabajo<sup>29</sup>: (1) dentro de los ámbitos económico y comercial la importancia de lo financiero; (2) en lo político, la relevancia del proceso de unificación posmedieval; y, (3) más general, en términos de hegemonía y marcos de pensamiento, la lógica europea de la sociedad internacional hasta nuestro tiempo (o al menos hasta la Segunda Guerra Mundial), lógica que encuentra su corolario en la autoconciencia europea por relación al *Otro*.

En primer lugar, en *lo económico y comercial* los intercambios comerciales entre Europa –sobre todo las ciudades-estado italianas, Países Bajos o el Báltico<sup>30</sup>- y los territorios no europeos (China, India, Norte de África, etc.) se basarían desde entonces en una combinación de tres ingredientes: lo financiero y comercial, lo militar y lo tecnológico. Si el aumento de las reservas de oro y plata que funcionaban como metales preciosos (moneda) era esencial para el intercambio, no lo era menos el uso de la fuerza,

---

convenciones e ideas del siglo XV son muy distintas a las posteriores a la doble revolución francesa e industrial. Del reparto del mundo entre España y Portugal al reparto de África entre las potencias europeas del XIX hay grandes diferencias en las ideas y valores, pero también en los aspectos institucionales o jurídicos internacionales (las diferencias entre el mundo del Congreso de Berlín de 1885, el de la Paz de Westfalia de 1648 o el del Tratado de Tordesillas de 1494). En todo caso, no parece que pretendiendo romper con el eurocentrismo podamos deambular por los *siglos europeos* como si en verdad pudiera corregirse retrospectivamente su hegemonía. Ello no implica obviamente olvidar la existencia de otras potencias, sistemas regionales, etc., ni endosar tesis como las de las “naciones sin Historia” referidas a los territorios colonizados durante el siglo XIX, muy en especial a los africanos.

<sup>28</sup> De hecho, muchas historias “alternativas” toman como punto de partida de la economía global distintos puntos, “distintas civilizaciones”, entre ellos Cox y Braudel (O'Brien y Williams 2007: 44), y en todo caso puede hablarse de varios sistemas económicos regionales (con interacciones entre sí, como por ejemplo las rutas que desde China y otras latitudes de Asia llevaban a Europa bienes de lujo

<sup>29</sup> En el fondo se trata de los tres vectores que implícitamente seguiremos en lo sucesivo: (1) el hecho financiero; (2) la reflexión sobre el Estado, que se produce principalmente en torno al equilibrio de poder (hacia fuera, la soberanía y las relaciones entre Estados) y a sus funciones (hacia dentro), y que como señala Barbé (2006) es uno de los cuatro debates principales de las RR.II.; (3) la idea de Europa, por sintetizar en el título del conocido opúsculo de Steiner (acercándonos al autor parisino en la búsqueda de un sentimiento de comunidad, aunque no necesariamente compartiendo todos sus postulados), Steiner, G., *La idea de Europa*, Ed. Siruela, Madrid, 2005.

<sup>30</sup> Liga Hanseática.

ni el desarrollo de nuevos bienes que pudieran servir de intercambio (manufacturas aunque el término pueda aún ser incipiente) (O'Brien/Williams, 2007: 53).

Lo que resulta de interés para nuestro trabajo es plantear que la expansión europea está basada a menudo en la coacción, pero habitualmente también en lo financiero. Y ello, tanto por el desarrollo de la innovación –el dinero, el crédito y las sociedades capitalistas-, como por su aplicación a la financiación de los viajes comerciales de ultramar y a la tecnología militar, de manera que finanzas y guerra irán casi siempre de la mano. Como señalan O'Brien y Williams *lo financiero* se convirtió en ese período en una “precondición” para la expansión europea: “The development of accepted forms of money, credit and Banks was a precondition for financing European economic, political and military expansion from 1400s until today” (O'Brien/Williams, 2007: 56).<sup>31</sup> En el mismo sentido, para Parker (1979: 414) resulta dudoso que Europa hubiera conocido una “revolución industrial” de no haberle precedido una “revolución financiera”.<sup>32</sup>

Primera gran cuestión, por tanto, la importancia histórica del hecho financiero.

La segunda cuestión del período que resulta necesario apuntar en el curso de nuestra investigación es, en *lo político*, el proceso de unificación del poder que se produjo en el mundo posmedieval<sup>33</sup>. No apuntamos tanto hacia la centralización de ese poder en un soberano, como al aumento de posibilidades de actuación que se derivó de tal unificación. La centralización y unificación de territorios hizo que se pasase del mundo de poder fragmentario medieval al de equilibrio de poder –al que enseguida nos referiremos- y a la rivalidad entre Estados. La Paz de Westfalia de 1648 certificará más tarde de manera oficial el nuevo orden de Estados soberanos. La estatalidad -los Estados nación- se convierte en concepto nuclear de las relaciones diplomáticas. Puede decirse

---

<sup>31</sup> En ese sentido surgen ya problemas como la adulteración de metales con otros menos preciosos, lo que –más allá de las discusiones académicas sobre sus efectos generales sobre la inflación y el crecimiento económico- generó una disminución de la confianza en el valor de las distintas monedas y metales en su uso como pago en intercambios comerciales internacionales. (O'Brien/Williams 2007: 55)

<sup>32</sup> Véase Parker G. (pp. 413-414), “El surgimiento de las finanzas modernas en Europa”, cap. 7, en Cipolla C.M., *Historia económica de Europa (2). Siglos XVI y XVII (The Fontana Economic History of Europe)*, pp.410-464. Véase también B. Gille, “Banking and Industrialisation” (1730-1914), cap. 4, en Cipolla, C.M., *Historia económica de Europa (3). La Revolución Industrial (The Fontana Economic History of Europe)*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 265-311.

<sup>33</sup> Sobre los fundamentos medievales de tal proceso y su relación con la configuración reciente del orden global puede verse Sassen, S., *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Katz, Buenos Aires, 2010.

que, en términos jurídicos y políticos internacionales, es este un momento fundacional de la modernidad (igual que el desafío a la hegemonía del Estado o su transformación en clave transnacional, según el punto de vista académico que se siga, es en la segunda mitad del siglo XX un cambio estructural en esa modernidad). Si la pugna entre Estados ha resultado en su ruina en no pocas ocasiones a lo largo de la historia, O'Brien y Williams afirman que también ha generado un esfuerzo por competir, innovar, etc., digamos una dinámica competitiva positiva en las relaciones intraeuropeas. En cualquier caso, parece razonable pensar que la unificación o integración puede llevar a mayores cotas de eficacia en asuntos que van desde la unidad de mercado a la confianza monetaria, pasando por la recaudación del Estado y la certidumbre jurídica, tan favorable para el tráfico comercial, todos ellos efectos del monopolio legítimo de la violencia característico de la forma de Estado estatal-territorial (O'Brien/Williams 2007: 56-57).

La tercera cuestión a la que debemos referirnos hace referencia a la *idea de Europa*, o si se prefiere a la autoconciencia europea, que emerge en este momento, que se forja por relación al *otro*, y que permeará los siguientes siglos (en cierto modo hasta el nuestro), que pueden calificarse como los *siglos europeos* -entre el siglo XV y el XIX- en tanto que transformaron profundamente los marcos de la economía política y aumentaron considerablemente la riqueza y el poder de las potencias europeas, especialmente en relación con otras áreas geográficas (O'Brien y Williams, 2007: 76). Habría que esperar a la Revolución Industrial –diríamos que a la doble revolución- para que ambas, riqueza y poder fueran aún muy superiores,

The early era of forging a world economy from 1400s until the mid-1800s was not a savoury process. Coercion was often more in evidence than cooperation. European expansion decimated civilisations with disease, enslaved millions of Americans and Africans<sup>34</sup>, worked millions of others to death, reoriented local economies to serve European elite interests and trafficked in drugs to undermine other civilisations. (O'Brien/Williams, 2007: 71)<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Y, añadimos, de asiáticos.

<sup>35</sup> Dejamos abiertas dos cuestiones: la cuestión acerca de las razones de la supremacía europea durante estos siglos y la cuestión acerca de la identidad o continuidad en ese proceso de expansión. Aunque esa supremacía se ha atribuido comúnmente a los factores militares, son muchas las fuentes que no consideran que, al menos al principio de la expansión, el poderío fuera tan desequilibrado. Así, Williams y O'Brien, entre otros autores, tienden a relativizar las teorías de la superioridad militar y a fijarse en otras cuestiones, como las alianzas con otros poderes extraeuropeos -como las alianzas de Cortés con tribus locales frente a los Aztecas (2007: 75)-, a las que habría que añadir el impulso de la religión o la fuerza de las ideas o los intereses. Según esta tesis, la idea colonial española se encontraría más cerca de una cruzada religiosa, la imperial-napoleónica francesa se vería empujada por los ideales democrático-revolucionarios y la inglesa por la idea comercial. ¿Y la colonial del XIX? Nos inclinamos también por la

En definitiva, antes del siglo XV no podía afirmarse la hegemonía europea que estos factores hicieron posible propiciando su expansión a partir del *quattrocento* y hasta el siglo XIX (con especial virulencia en la segunda mitad del XIX y principios del XX) (O'Brien y Williams, 2007: 43 y ss.). Pasemos ya a ver cuáles son los fundamentos del mundo inmediatamente anterior a la *gran transformación*.

### 1.3.1 El mundo inmediatamente anterior a la gran transformación.

Puede explicarse el sistema internacional<sup>36</sup> anterior a la gran transformación a partir de dos pilares: el equilibrio de poder entre Estados en lo político y el mercantilismo en lo económico.

#### a) El sistema europeo de equilibrio de poder

Como hemos visto anteriormente, tras la disolución de la Cristiandad medieval o, si se prefiere, de la Europa imperial, y la reordenación del espacio político sobre el que se asentaba, se produce la consagración del orden westfaliano<sup>37</sup> de Estados, en el que el sistema internacional se estructura a través de monarquías estatales unificadas en

---

comercial y, en general, la búsqueda de riqueza, aunque ya como amalgama en la que se integran, al menos en su discurso, el progreso y la civilización: “lo único que la redime es la idea” (“what redeems it is the idea only”), nos desvela Conrad (4: 1899/2000) al principio de *Heart of Darkness*. Al respecto se pronuncia Roberto Mesa:

“Al colonialismo del siglo XIX no le interesa, no debe interesarle, la noble tarea de cristianización de salvajes extraviados; su esfuerzo todo ha de ir encaminado hacia una más sabia utilización de las reservas de materias primas y en pos de un enriquecimiento progresivo gracias a unos eficaces mercados de ventas con un consumo orientado, cuando no impuesto.” (Mesa 1990: 50).

Quizás es más gráfico aún <sup>35</sup>nuestro Said al referirse a la cuestión desde la perspectiva española:

“España quiere subir al tren del progreso en marcha; aprovechar aunque sea sólo las migajas del florido capitalismo colonial. Ya no se habla más que contadamente y en ocasiones patrias, de exaltación de los valores eternos, de la aportación única de la cruz y la espada [cruzada]...nadie duda ya, entre los gobernantes, que colonialismo moderno quiere decir monopolio en beneficio de la metrópoli, de la producción y consumo de sus posesiones”. (Mesa 1990: 46-47)

Parecería pertinente cuestionarse –aunque sin poder aportar respuesta en estas páginas- cómo influye en el proyecto europeo este tránsito desde el Derecho natural de origen divino al que sienta sus bases en la *lex mercatoria* y eso en lo que respecta tanto al orden interno como al de las relaciones con las poblaciones coloniales. Ello no obsta para que la empresa colonial del siglo XIX, lo que muchos autores llaman “nuevo imperialismo”, incluya en un pastiche de motivaciones y medios –también razones del éxito de la empresa colonial-, ideas civilizatorias de índole religioso o político-ilustradas, racismo y sobre todo motivaciones económicas (“el reparto”).

<sup>36</sup> Hablaremos indistintamente de sistema internacional o europeo, porque efectivamente el sistema internacional era un sistema de dominio europeo, sin perjuicio de la existencia de otros sistemas, como el chino o el de algunos imperios africanos.

<sup>37</sup> Paz de Westfalia 1648. Véase Celestino del Arenal (2001: 22 y ss.).

permanente pugna entre sí. A grandes rasgos, puede describirse como un sistema de competencia militar –en suelo europeo y en las colonias- y financiera caracterizado por la ausencia de normatividad (jurídica o moral)<sup>38</sup>, es decir, basado exclusivamente en el interés o razón de Estado, en el poder y su búsqueda, sin otros valores preexistentes. La permanente tensión o competencia entre todos los actores principales (Truyol, 2004: 31) requiere del desarrollo de ejércitos muy potentes y de continuas innovaciones militares para mejorar la eficacia en la confrontación, lo que a su vez hace imprescindible el suficiente y constante apoyo financiero. Innovación militar e innovación financiera son claves para el mantenimiento de ese equilibrio de poder,<sup>39</sup> que no busca la paz como ideal -de ahí las sucesivas guerras de mantenimiento del equilibrio-, sino que se autorregula logrando la estabilidad a partir de la tensión.

Tal y como señalamos, este sistema se caracteriza por una ausencia de normatividad o a lo sumo por una normatividad muy ligera y limitada a las reglas que lo configuraban: el equilibrio, la diplomacia y un cierto derecho público común (Derecho de gentes como origen del Derecho Internacional<sup>40</sup> [Truyol, 2004: 34]). En otras palabras, prima el “derecho del más fuerte”<sup>41</sup> (Truyol, 2004: 36), si bien la tensión entre Estados es precisamente el elemento nuclear de este sistema de equilibrio de poder, de forma que cuando una potencia destaca más de la cuenta, viene a ser contenida por una alianza de las demás a fin de reconducir la situación al equilibrio.

No puede aportarse en estas páginas nada nuevo sobre el equilibrio de poder, pero conviene presentarlo con cierto detalle, porque tal vez sea el concepto más nítido para comprender en perspectiva y hasta hoy el sistema europeo e internacional. Tomemos dos definiciones cercanas, la primera de Sorel,

---

<sup>38</sup> Para Voltaire según la opinión que recoge Tuyol (2004: 33-34) existía una cierta normatividad precaria, unas reglas básicas y superficiales para el ejercicio y la búsqueda del poder.

<sup>39</sup> Fundamental resulta la relación entre poder y riqueza. En particular, vemos durante este período el surgimiento del dinero -en su sentido más moderno, precapitalista, de sistema monetario internacional-, de los bancos de crédito y de las sociedades por acciones dentro de una economía mercantilista, en la que prima el comercio y el incremento de la riqueza nacional.

<sup>40</sup> Véase Tuyol y Serra, A., *Historia del Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 1998. En general, sobre las relaciones entre guerra y ética nos remitimos a Walzer, M., *Just and Unjust Wars, A moral argument with historical illustrations*, Basic Books, New York, 2015.

<sup>41</sup> Máxima que según Tuyol sigue hasta nuestros días y que “sólo podrá limitarse en el seno de una sociedad internacional verdaderamente organizada”. Cabría preguntarse si la máxima se cumple en el interior de la Unión Europea o si precisamente ha sido superada mediante la racionalización jurídica democrática del poder. La gestión de la relación entre deudores y acreedores siembra dudas sobre si prima la fuerza del derecho (democrático) o el derecho del más fuerte (los acreedores), sin perjuicio de relativizar toda tentación maniqueísta al respecto.

Mais tous les puissants sont d'accord pour ne permettre à aucun d'entre eux de s'élever au-dessus des autres. Qui prétend à la part du lion, voir ses rivaux se liquer aussitôt contre lui. Il se forme ainsi entre les grands États une sorte de société en participation. Ils entendent conserver ce qu'ils possèdent, gagner en proportion de leur mises, et interdire à chacun des associés de faire la loi aux autres. C'est ce qu'on appelle la balance des forces ou l'équilibre européen. (Sorel, 1922: 33-34)<sup>42</sup>

Sin embargo, no hemos encontrado entre los teóricos una definición general tan plástica como la que da el teórico y también antiguo Secretario de Estado de EE.UU. Henry Kissinger (1996: 13-14), a quien puede considerarse una autoridad en materia de ejecución de la *realpolitik*. Transcribimos una extensa cita por su especial interés:

Europa se enfrascó en la política del equilibrio de poder cuando se desplomó su primera elección, el sueño medieval de un imperio universal, y de las cenizas de aquella antigua inspiración surgió un puñado de Estados de fuerza equiparable. Cuando diversos Estados así constituidos tienen que enfrentarse entre sí, sólo se pueden dar dos resultados: o bien un Estado se vuelve tan poderoso que domina a todos los demás y crea un imperio, o ningún Estado es lo bastante poderoso para alcanzar esa meta. En el último caso, las pretensiones del miembro más agresivo de la comunidad internacional son mantenidas a raya por una combinación de los demás; en otras palabras, por el funcionamiento del equilibrio de poder.

De esta caracterización general de Kissinger resaltan dos elementos fundamentales: el primero es la existencia de una pluralidad de Estados equiparables; el segundo es la no maximización de intereses. En otras palabras, la clave del sistema no es la satisfacción de los Estados, sino el mantenimiento de su insatisfacción por debajo del nivel que les llevaría a romper el *statu quo*,

El sistema de equilibrio de poder no se proponía evitar la crisis, ni siquiera guerras. Se creía que, cuando funcionaba debidamente se limitaba la capacidad de unos Estados para dominar a otros a la vez que se reducía el alcance de los conflictos. Su meta no era tanto la paz como la estabilidad y la moderación. Por definición, una disposición de equilibrio de poder, no puede satisfacer por completo a cada miembro del sistema internacional; funciona mejor cuando mantiene la insatisfacción por debajo del nivel en que la parte ofendida trataría de alterar el orden internacional. (...)

En Occidente los únicos ejemplos de eficientes sistemas de equilibrio del poder se dieron entre las ciudades-Estado de la antigua Grecia y de la Italia renacentista y durante el sistema de Estados europeos que surgió de la paz de Westfalia, en 1648. El rasgo distintivo de estos sistemas consistía en elevar un hecho de la vida, como la existencia de cierto número de Estados de fuerzas sustancialmente equiparables, a la categoría de principio rector del orden mundial. (Kissinger, 1996: 13-14)<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup>Citado por Cox *Production, Power and World Orders* (1987: 418).

<sup>43</sup> Resaltamos al pie otra noción relevante que extraemos del texto de Kissinger (1996: 13), cual es que el equilibrio de poder no ha sido a lo largo de la historia el sistema más habitual, sino que lo ha sido el Imperio:

“A menudo, los teóricos del equilibrio de poder nos dan la impresión de que esta es la forma natural de las relaciones internacionales, pero de hecho sólo rara vez han existido sistemas de equilibrio del poder en la historia humana (...) Para la mayor parte de la humanidad y en la mayor parte de los períodos de la



La forma más pura del sistema de equilibrio de poder la encontramos en el siglo XVIII europeo (Cox 1987: 114) y duradero doscientos años (Kissinger, 1996: 9).

## b) Mercantilismo

El correlato necesario de este equilibrio de poder es una economía marcada por el vínculo entre el comercio y la guerra<sup>44</sup> y por la importancia de lo financiero<sup>45</sup>. La idea clave de las relaciones estatales del período es su consideración como un juego de suma cero que, como veremos, contrastará con la cosmovisión del liberalismo imperante en la siguiente etapa, donde conforme a la visión de Smith se considera la posibilidad de un juego que no suma cero, sino en el que todos ganan a través de la cooperación y, en concreto, sobre la base de una relación general entre comercio, riqueza y paz.<sup>46</sup>

Para entender el mercantilismo sirva como definición ampliada la que nos da Glamann (1979: 333), en la que sostiene que el objetivo último de toda política es el aumento de la riqueza de un país,

Apenas hay un período en la historia de Europa en el que el comercio juegue un papel tan central como el de los años de 1500 a 1750 (...). Era opinión ampliamente arraigada en aquellos tiempos la de que el total de la prosperidad del mundo era constante, y el objetivo de la política comercial de cada país (...) era el de conseguir para la nación la mayor parte posible del pastel. (...) Muchos ejemplos atestiguan que el comercio era considerado fuerza impulsora vital para la prosperidad de las naciones y la riqueza, medio de poder absolutamente esencial, del mismo modo que el poder era esencial en cuanto que medio para adquirir riqueza. Entonces como ahora, tanto la riqueza como el dinero eran finalidades últimas de una política nacional.

Y sigue, profundizando en la política económica de la época, identificando política comercial y política monetaria a través de los dos principales objetivos: lograr una balanza comercial favorable y acumular metales preciosos (moneda),

El adquirir la mayor parte posible de lo que acostumbraba a verse como un volumen más o menos fijo de comercio internacional y el distribuir la parte que correspondía a la nación de modo que diera lugar a una balanza comercial favorable y una importación

---

historia, el imperio ha sido la forma habitual de gobierno. Los imperios no tienen ningún interés en operar dentro de un sistema internacional; aspiran a ser ellos el sistema internacional.”

<sup>44</sup> Téngase presente la importancia de la guerra como medio de expansión económica al potenciar la producción de determinadas materias primas, apertura de mercados, etc.

<sup>45</sup> Entre otros motivos a los que nos referiremos, la importancia de lo financiero resulta clave para mantener la nueva exigencia de ejército permanente derivada del sistema de equilibrio de poder y la subsiguiente necesidad de mejoras o innovaciones militares.

<sup>46</sup> Otra cosa será obviamente cómo mantenerla. Esta es una afirmación general que recoge planteamientos teóricos y que requiere matizaciones. Lo que nos importa resaltar es el establecimiento teórico y práctico de una relación directa y oscilante entre economía (comercio) y guerra-paz.

neta de moneda y metales preciosos eran los objetivos que, unidos, se proponían los gobiernos de la época. Política monetaria y política comercial eran de hecho temas que se asimilaban (...). Hay pues muchas y buenas razones para considerar a esta una época mercantil o de capitalismo comercial. (Glamann, 1979: 335)

En cuanto a la relación entre lo comercial y lo financiero, esta no solo se percibe al constatar la vinculación entre política comercial y política monetaria (la importancia de la acumulación de metales preciosos), sino también por un segundo elemento: la relación entre el comercio y la innovación financiera, privada o estatal. En particular, destaca la mejora de la organización (privada) del comercio mediante distintos mecanismos jurídicos que permiten una mayor movilización de capital con fines comerciales, ya sea a través de un mejor acceso al crédito o de la mayor seguridad jurídica y facilidad de las transacciones. Similares mecanismos servirán para una mejor financiación de la pugna entre Estados por adquirir mayor porción de ese pastel comercial al que se refiere Glamann.

#### c) Cuestiones financieras

##### - Importancia de los metales preciosos

En cuanto al primero de estos elementos, la relación entre la política comercial y una política monetaria centrada en la acumulación de metales preciosos, pasa por diferentes situaciones a lo largo de un período de doscientos cincuenta años (Glamann) y en función de la latitud desde la que se hable. Si en un primer momento el auge fue del sur, Lisboa, Sevilla<sup>47</sup>, Venecia, “con un sistema de crédito vinculado a los metales de indias” (1979: 335 y 337), a partir del Tratado de Utrecht el auge fue claramente del norte, principalmente Amsterdam, Amberes, Londres, París, Hamburgo o Frankfurt.

En todo caso, el sistema monetario se establece sobre los dos metales preciosos, el oro y la plata, sobre una amplia libertad de circulación de metales y monedas y sobre constantes fluctuaciones de las monedas nacionales ante la imposibilidad de ponerse de acuerdo entre Estados sobre sus valores. Se trata de un período de inestabilidad

---

<sup>47</sup> Señala Glamann (1979: 337) cómo la “tasa de crecimiento decenal de las llegadas de metal precioso a Sevilla alcanzó un máximo en la década 1581-1590, y la disminución de los envíos en el siglo siguiente representó, en consecuencia, no sólo crecientes dificultades monetarias, sino también una prueba para el sistema crediticio en general.”

financiera (sobre todo en la primera mitad del siglo XVII), en el que la importancia clave reside en la acumulación de metales preciosos para su intercambio –con Amsterdam como centro financiero- con distintos espacios comerciales (europeos como Rusia, el báltico o Noruega, pero también asiáticos) y en el que la relación entre las importaciones de bienes y las exportaciones de metales preciosos determina la riqueza de las naciones y, como en el caso de España, puede determinar su declive.

- Mejoras técnicas financieras

Un segundo elemento de importancia histórica es la mejora de las técnicas financieras que contribuyen tanto a la financiación de la empresa comercial como de su corolario necesario, el militar.

Por un lado, destacan los instrumentos jurídicos privados que fundamentan la próspera relación entre lo financiero y lo comercial. Nos referimos al auge de las bolsas (bolsas/lonjas, incluida una cierta actividad especulativa); la expansión de la banca<sup>48</sup> y las casas de comercio privadas, con la letra de cambio como estrella; y la creación de un “sistema de pagos internacional ligado a las transferencias de efectivo” (Glaman, 1979: 398-399). Asimismo, algunas cuestiones clave dentro de la “organización del comercio, como la obtención de nuevos contactos a larga distancia, monopolios o la distribución del riesgo”, se ven beneficiados con la aparición de “las grandes sociedades por acciones como instrumentos del comercio ultramarino” (dos tipos, reglamentadas y sociedades por acciones) (citas todas de Glaman, 1979: 399).

Por otro lado destacamos los instrumentos jurídicos de financiación pública o, tal vez mejor, nacional, en tanto que la función económica del Estado venía ligada a la riqueza a través de los comerciantes quienes a su vez se ocupaban de financiar la empresa militar y comercial estatal. Puede decirse que estos entendieron el Estado como una “empresa económica colectiva” (Glaman, 1979: 398). Surgirá así la deuda nacional, cuya buena o mala gestión marcará en buena medida el auge y el declive de las potencias europeas.

---

<sup>48</sup> Especialmente significativo es el auge de Amsterdam como centro financiero; en particular destaca la creación en 1609 del Banco de Cambio de Amsterdam, banco público de control municipal. También destacará la época por los banqueros privados, una suerte de aristocracia comercial (Fugger).

En suma, el mercantilismo no puede considerarse aisladamente en términos económicos, es decir, por la importancia que se da en él a la acumulación de metales preciosos, sino por constituir una *realpolitik* o política de poder que se articula hacia el exterior a través de la competencia comercial y militar, y hacia el interior en la fortaleza financiera generada por la comprensión de la comunidad de intereses entre las dos partes de la relación financiera, el Estado (deudor) y los comerciantes (acreedores).

State managers sought to encourage the inflow of specie through trade and the production within the nation materials and equipment needed for war. Overseas explorations, coupled with European advances in military technology opened the possibilities for colonization. States sought to establish and protect monopolies in trade access to resources and colonial settlements as adjuncts to their domestic sources of power. Mercantilism is the name given retrospectively to a series of such ad hoc measures intended to enhance state power in relation to other states. The national debt, an invention of the seventeenth century, put the relationship between central political power and merchant wealth on businesslike basis that, in turn, required regular tax revenues (Cox, 1987: 115).

Probablemente ningún elemento refleja mejor esta idea de la *realpolitik* financiera que la deuda nacional. La importancia de su buena gestión queda reflejada en las singularidades de las tres grandes potencias de la época, el éxito del caso inglés,<sup>49</sup> frente al declive español<sup>50</sup> y a la turbulencia de la experiencia francesa<sup>51</sup>, pre y posrevolucionaria.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> En Inglaterra, la Guerra Civil y los problemas constitucionales traen causa de la pugna por el control financiero entre la Corona y el Parlamento. Dice Hobsbawm (2003a:38) al hablar de la Revolución Industrial que la clave del avance de GB antes incluso de la Revolución Industrial (desde la Guerra Civil, diríamos) es su sistema; un sistema en el que el dinero manda. Las “condiciones legales” que la revolución inglesa había instaurado un siglo antes habían hecho que ‘el beneficio privado y el desarrollo económico fueran aceptados como los objetivos supremos de la política gubernamental.’”

El resultado de la crisis inglesa del XVII sería el nacimiento de un sistema jurídico y político-institucional (téngase en cuenta, por ejemplo, la creación del Banco de Inglaterra en 1694), adaptado a la realidad económica y social que eclosionó en ese momento. La propiedad y el beneficio privados aparecen como elementos nucleares de la libertad, esquema que instituye la secular –hasta hoy- alianza entre gobierno e interés privado [sin duda contrarrestada por la del interés común con diferentes intensidades según el momento].

<sup>50</sup> Sobre las causas últimas de la crisis española, el historiador J. Elliott (1977: 136) atribuye la decadencia del poderío de Castilla a partir de 1598 al derrumbe de los tres pilares sobre los que se había construido su esplendor: la población, la riqueza y la productividad.

El primero de los tres factores, el progresivo *despoblamiento* de Castilla, debido a la peste, la expulsión de los moriscos, la emigración al sur, a las ciudades y a América, tiene peculiaridades muy concretas y tal vez, en ausencia de datos fiables, se haya sobrestimado su importancia.

En cuanto al segundo de los factores de la decadencia imperial, la *riqueza*, son ya muchos los estudios que apuntan a que también se ha sobreestimado la importancia de los metales preciosos llegados de América. No se trata de estudios negacionistas, es decir, no pretenden probar que se esquilmará menos el continente, ni a las poblaciones indígenas de aquel entonces, sino plantear si para la monarquía hispánica y para Castilla en particular sus efectos fueron más negativos de lo que parece. En la medida en que hicieron crecer la idea imperial construyendo un espejismo de Indias, propiciaron un alejamiento de nuestra realidad terrenal y territorial en la búsqueda de una trascendencia, la burbuja imperial, que acabó en autocombustión, en tanto que lo que entraba por el puerto de Sevilla volvía a salir de inmediato hacia

---

Génova o Amsterdam, mientras la mano muerta proliferaba por el país. Así cobran sentido las palabras de Lope de Deça (*Gobierno de Agricultura*, 1618, citado por Vilar 1977: 125):

“España sólo ha sido verdaderamente floreciente ‘cuando esta Monarquía se terminava con sus mares y Pyrneos, no teniendo sus naturales a qué divertirse ni a qué aspirar a nuevas embarcaciones y esperanças más que al beneficio de sus tierras y ganados, pescas y demás artificios y granjerías propias suyas.’”

En el mismo sentido, resuena para Vilar (1977: 125) la imprecación que el ama de don Quijote hace a Sancho: “Id a gobernar vuestra casa y a labrar vuestros pegujares, y dejaos de pretender ínsulas ni ínsulos”.

Sobre el tercero de los factores de la crisis imperial, la *productividad*, su completa exposición superaría las posibilidades de estas páginas, pero puede entenderse bien a partir de dos cuestiones suficientemente ilustrativas. La primera es la inexistencia en aquellos reinos de una política agrícola coherente, que ocasionó el desabastecimiento alimentario de España y la despoblación del mundo rural. Se produjo entonces el primer éxodo a las ciudades, provocando una desintegración de las fuentes primarias de la riqueza. Mientras España importaba oro y plata de América y lo exportaba hacia el norte de Europa a cambio de trigo, el trabajo en la aldea no era una opción para la supervivencia. El sistema provocaba el agotamiento financiero y físico de los aldeanos para los que permanecer con sus familias en la aldea era la peor de las elecciones, frente a las actividades mucho más seguras: la mendicidad, la sotana o el bandolerismo. Permanecer en la aldea era quedar expuesto a bandidos y recaudadores, sin que pudiera saberse de antemano cuál tendría menos piedad. Como señala Vilar (1977), no había más opción que emigrar o elegir entre una de estas vidas: cura, mendigo, burócrata o bandolero. Así que parece que no se trataba tanto de que la tierra fuese baldía, sino más bien de que cuando el trabajo no garantiza la salida del umbral de la pobreza el sistema productivo acaba colapsando.

Una segunda cuestión que nos sirve para ilustrar la crisis de productividad del siglo XVII español es el insuficiente desarrollo de la burguesía y, más concretamente, la ausencia de inversión en empresas productivas, que algunos autores atribuyen a la falta de espíritu capitalista propia de aquel temperamento español caricaturizado por la leyenda. Sin embargo, tal vez las causas de esa ausencia de inversión productiva se encuentren en cuestiones algo más técnicas, y particularmente en la ley de los rendimientos decrecientes y en el sistema de censos y juros, que aseguraba rentas aceptables y garantizadas por estos instrumentos de financiación de la empresa imperial, frente a las que podrían haber generado inversiones más arriesgadas. En términos modernos podríamos decir que el capital riesgo no existía en España; simplemente no existían condiciones para la inversión productiva. En términos más actuales podríamos decir que el sistema financiero no cumplía su función de manera eficiente, ya que los recursos se destinaban a perpetuar el endeudamiento público y los sueños imperiales a través de un sistema que los detraía de la producción en beneficio de la acumulación estéril. En definitiva, los estudios sobre la época muestran la incapacidad española para conseguir un sistema financiero sólido (más allá de la época de Sevilla), especialmente en materia de inversiones, y, en particular, de un sistema de endeudamiento nacional fuerte.

Véase para más detalle sobre las crisis de deuda española, Comín, P., *La crisis de deuda española* (1500-2015), Ed. Catarata, Madrid, 2016.

<sup>51</sup> Algunas preguntas nos llevarían lejos de nuestro objeto de estudio, pero al menos conviene anotarlas aquí. ¿Fue una crisis financiera la causa – al menos la inmediata- de la revolución francesa? ¿Hasta qué punto la situación financiera de la Francia prerrevolucionaria sentó las bases para la eclosión posterior? Más que responder a estas cuestiones en torno a la Revolución Francesa, queremos destacar tres crisis financieras dentro de una larga etapa de turbulencias económicas y, obviamente, políticas, cuya importancia no parece menor:

1) *Crisis de deuda nacional e inflación* (Soboul 1994: 35). Una primera crisis financiera, la de 1788 -que con el gasto de apoyo a la revolución americana en el origen, situaba el déficit en el 20% y el coste de la deuda en más de la mitad de los ingresos- acabó con el Ministro de Hacienda Calonne, como consecuencia del rechazo de los notables, aristócratas, a la subida de impuestos sobre la propiedad. Con la capacidad de endeudamiento anulada y el Tesoro sin recursos, su sustituto Brienne capitulará y se convocarán los Estados generales en 1789, en un contexto de *longue durée* de altísima inflación. Una suerte de detonante de la revolución.

2) *Crisis de deuda privada* (Soboul 1994: 61 y ss.). A partir de 1789 el dilema se sitúa en la disyuntiva entre (segunda) revolución o compromiso entre burguesía comercial y aristocracia propietaria de tierras, a imagen y semejanza de la Revolución inglesa de 1688 (monarquía constitucional). La cuestión subyacente fue la redención efectiva de las deudas, proclamada en 1789 (fin del régimen feudal), pero no articulada de forma satisfactoria (en otros países, como en Japón sí lo fue), hasta el punto que solo fue posible para los deudores ricos capaces de pagar las indemnizaciones liberadoras. La imposibilidad de

En este sentido, a la pregunta sobre “¿Hasta qué punto la desviación de recursos hacia la guerra [durante el período 1792-1815] retrasó el desarrollo de los países?” (2003a: 103), responde Hobsbawn señalando (2003a: 104) que en el caso de Francia, poco, porque detrajo riqueza de zonas conquistadas como Italia, aunque perdió su posición comercial de ultramar debido al dominio inglés. Añade que, por su parte, “en estrictos términos monetarios puede decirse que Inglaterra soportó la carga más pesada durante la guerra, que le costó entre tres y cuatro veces más que a Francia”. Entonces la respuesta para Francia es “más fácil”, más estancamiento que si hubiera tenido guerra, y para Gran Bretaña “menos concreta”. Lo más importante nos parece que, como señala Hobsbawn, Gran Bretaña eliminó por largo tiempo a sus principales rivales, convirtiéndose en hegemonía,

Las guerras, francamente económicas, sostenidas por los ingleses en los siglos XVII y XVIII no supusieron un desarrollo económico por ellas mismas o por estimular la economía, sino por la victoria que les permitió eliminar competidores y conquistar nuevos mercados. (...) A costa de un ligero retraso en la expansión económica, que a pesar de ello siguió siendo gigantesca, GB eliminó definitivamente a su más cercano y peligrosos competidor y se convirtió en el “taller del mundo” para dos generaciones. En términos de índices industriales y comerciales, GB estaba mucho más a la cabeza de todos los demás estados (con la posible excepción de EE.UU.). Si creemos que la eliminación temporal de sus rivales y el virtual monopolio de los mercados marítimos y coloniales era una condición esencial previa para la ulterior industrialización de Inglaterra el precio pagado fue modesto. (Hobsbawn, 2003a: 104-105)

---

redención de las deudas (legítimas pero discutibles e imposibles de pagar) que debería poner fin al privilegio feudal, provocó el cruento enfrentamiento civil entre campesinado y aristocracia que duraría hasta 1793.

3) La *catástrofe monetaria*. La crisis financiera heredada de la época termidoriana por el Directorio, dará lugar a lo que Soboul llama la “catástrofe monetaria” (1994: 109 y ss.):

“La estabilización de la Revolución [como objetivo del Directorio] dependía de la solución que se aportara a los problemas fundamentales heredados de la época termidoriana, la guerra, dentro del problema económico y financiero. (...) La moneda estaba arruinada, la economía deteriorada. Una crisis fiscal multiplicaba la crisis monetaria, no se recaudaban impuestos, el Tesoro estaba vacío (...) .La inflación alcanzó su nivel máximo poco después de la instalación del Directorio en 1795. (...) El 30 de pluvioso del año IV (17 febrero de 1796), hubo que suspender las emisiones y abandonar el papel moneda.”

El año siguiente (1797) se consumó la bancarrota. La situación de inestabilidad financiera y política –con experiencias revolucionarias como la de Babeuf y la Conjura de los Iguales- acabará con el golpe de Bonaparte el 19 de Brumario del año VIII (10 de noviembre de 1799).

En sentido más general, no puede dejar de mencionarse la relevancia para la sostenibilidad financiera de la enorme rivalidad internacional del período, que tuvo uno de sus episodios más relevantes en la guerra de independencia de los EE.UU. (con el apoyo de España y Francia). No queremos forzar el juego histórico de causas y consecuencias, pero indudablemente el esfuerzo financiero francés frente a su antagonista británico –especialmente en apoyo de la revolución americana, pero también en la propia guerra contra Gran Bretaña- tuvo repercusiones en la situación política y social de la Francia de La Bastilla. Así que como señala Hobsbawn (2003a: 32), en este sentido “la Revolución francesa es consecuencia directa de la americana”.

<sup>52</sup> No creemos desplazar la importancia de las dinámicas sociales si también se la otorgamos a las cuestiones financieras. Como poco actúan como detonantes y, en el más largo alcance, como un elemento cuyo incorrecto manejo da lugar a cambios sociales y políticos de trascendencia.

### 1.3.2 La doble revolución.

Al hablar de los comienzos de la expansión de la economía global de base europea mencionábamos la importancia del hecho financiero en esa expansión inicial y en el desencadenamiento de la Revolución Industrial. Después, dijimos que el capitalismo comercial era propio de la economía mercantilista, caracterizado por su intensa relación con el poderío militar y con los nuevos mecanismos de financiación, en especial con la gestión de la deuda nacional como elemento financiero que sostenía el sistema. En este segundo período, de eclosión de la Revolución Industrial y auge del liberalismo económico, la importancia de lo financiero será aún mayor; junto con la innovación financiera, la solidez monetaria y las altas finanzas serán la piedra angular del proyecto liberal, cuyo desmoronamiento estará directamente vinculado con el desorden financiero (tercer período). Finalmente, en una suerte de *crescendo* de la relevancia de lo financiero, veremos que después de Segunda Guerra Mundial, y sobre todo a partir de los años setenta, pasaremos hacia un tercer momento del capitalismo caracterizado por la internacionalización de la economía y principalmente por el hecho financiero, que pasa de ser condición necesaria a elemento central, producto de la refinada intensificación del proceso de acumulación. Su importancia se constatará en el aumento exponencial de los flujos financieros, predominantemente privados, frente al aumento lineal del comercio (cuarto período).<sup>53</sup>

A continuación repasaremos a grandes rasgos los dos principales vectores del segundo período, un tiempo de estabilidad y hegemonía: (1) en lo político la *Pax Britannica* y (2) en lo económico la expansión del liberalismo, a partir fundamentalmente de la apertura de mercados y de un determinado sistema de producción. Comenzaremos aludiendo de manera breve a los esfuerzos de restauración del orden previo, en particular del equilibrio de poder. Veremos cómo el sistema ya no vuelve a ser el mismo, en tanto que aunque el equilibrio de poder gozará de vigencia, será dirigido por una potencia, Gran Bretaña (*Pax Britannica*). Finalmente trataremos las cuestiones financieras, que, como hemos señalado, resultan de máxima relevancia en el período: en particular, nos referiremos (1) a la solidez del dinero, simbolizada en Lombard Street y

---

<sup>53</sup> Esta división entre momentos o etapas de capitalismo comercial, industrial y financiero es obviamente relativa pero creemos que ayuda a comprender algunas dinámicas políticas y jurídicas internacionales. Destacamos como *leitmotiv* la importancia creciente de lo financiero.

la *haute finance*; y, (2) a la evolución del sistema monetario (el patrón oro). Esta última cuestión nos servirá para enlazar con el siguiente bloque 1870-1914, de rivalidad no hegemónica.

#### a) Pax Britannica

Según A. Sorel (1922: 71), el orden posnapoleónico establecido a partir del Congreso de Viena es un intento por introducir elementos internos de derecho público y orden social en un sistema de Estados que antes de la revolución sólo se guiaba por el interés aplicado a las relaciones interestatales,

The internal dimension of politics, the relationship of government to people, would necessarily form part of the management of interstate relations. Europe was not only a state system; it was now also to be perceived as a social order. To the victors, defense of the social order would become intimately linked with the maintenance of the balance among states. (Cox, 1987: 119)

O, dicho de otra forma, la diplomacia de gabinete propia del *Ancien Regime* no podía seguir existiendo en los mismos términos que antes; la diplomacia no podía eludir la realidad social<sup>54</sup>. Así, a pesar de los esfuerzos<sup>55</sup> de las potencias vencedoras del largo período de la guerra, la restauración del equilibrio de poder como sistema de gestión de la paz y la seguridad internacionales que tiene lugar con la Santa Alianza no supuso una restauración del Antiguo Régimen, sino una reordenación de fuerzas. Si el equilibrio de poder se restableció, lo hizo con dos características que son cruciales para entender que estamos ante un nuevo período.

En primer lugar, la existencia de una potencia que controla el período y que se convierte en potencia hegemónica, en el sentido de que lidera, promueve y ejemplifica las bases, principios y valores del sistema dominante, la era liberal. Gran Bretaña ostenta su condición de hegemón y lo hace apoyándose principalmente en su poderío en los mares (militar y comercial) y en su condición de centro financiero para el resto. Luego nos referiremos a ello con detalle.

---

<sup>54</sup>En términos de Cox (1987: 121), “la diplomacia no podía crear una hegemonía sin suficiente base social”, sin un cierto consenso, diríamos, que desde luego no se podía crear manteniendo los fundamentos anteriores.

<sup>55</sup> Esfuerzos en muy distinto sentido. La Alianza dejaría de ser efectiva, entre otras cosas porque integraba muy distintas concepciones del Estado (Gran Bretaña vs Rusia, por ejemplo)



En segundo lugar, una de las principales bases del sistema es la de evitar la guerra general. El establecimiento del Concierto Europeo como evolución del equilibrio de poder es, como señala Truyol (2004: 40-41), “el primer paso, en verdad tímido, hacia una organización de la sociedad internacional”. El nuevo sistema se establece en torno a un mecanismo que permitía que no hubiera conflicto o guerra sistémica en Europa, pero que en cambio no evitaba las rivalidades, ni las guerras más limitadas<sup>56</sup>, ni el uso de la fuerza en general, ya fuera para proteger el equilibrio del sistema o para sofocar las revueltas internas (O’Brien/ Williams 2007: 92). No obstante, para entender bien este sistema internacional de centralidad europea no se ha puesto quizás suficientemente de manifiesto el hecho de que la *Pax Britannica* –como luego ocurrirá durante la *Pax Americana*– lo era en el mundo europeo y para los Estados europeos<sup>57</sup>, mientras que fue un período atroz<sup>58</sup> fuera de Europa. Solo por citar tres ejemplos, pensemos en la Guerra Civil estadounidense, cuyas raíces son esencialmente económicas, en el comienzo de la colonización de África (por poner un ejemplo, la administración privada del Congo por Leopoldo II desde 1885) o en el convulso período en China (las dos guerras del opio o guerras anglo-chinas y la Rebelión Taiping<sup>59</sup> que dio lugar en la década de los cincuenta y sesenta a la guerra civil china, una de las más sangrientas antes de la Segunda Guerra Mundial).<sup>60</sup>

Añadiríamos a estas dos características un tercer factor de psicología política: el riesgo de revolución hizo que los demás Estados fueran más conservadores, ya que después de la Revolución francesa peligraba la supervivencia de las fuerzas del Antiguo Régimen que se habían resituado tras la Restauración.

---

<sup>56</sup> Como señala Hobsbawm (1994: 45).

“Solo hubo una guerra, de corta duración, en la que se batieran más de dos grandes potencias: la Guerra de Crimea (1854-1856), que enfrentó a Rusia a Gran Bretaña y Francia. Adicionalmente, la mayoría de guerras entre grandes potencias habían sido relativamente rápidas. La guerra más larga de lejos no fue un conflicto internacional sino una guerra civil en los Estados Unidos (1861-1865). La duración de la guerra se contaba por meses, cuando no por semanas (como la guerra de 1866 entre Prusia y Austria).” (la traducción es libre, nuestra).

<sup>57</sup> Se tiende a focalizar la cuestión en los asuntos inter-europeos, olvidando que “un aspecto crucial de la Revolución Industrial fue una (nueva) ola de imperialismo europeo barriendo África y parte de Asia” (O’Brien/Williams 2007: 95).

<sup>58</sup> Las publicaciones sobre este período atroz son innumerables. Nos remitimos a simple título de ejemplo a Casement, R., *Correspondance and Report from His Majesty's Consul at Boma respecting the administration of the Independent State of the Congo*, Harrison and Sons, Londres, 1904. Asimismo, una descripción literaria pero ineludible se encuentra en Conrad, J. (1899/2000).

<sup>59</sup> *Tàipíng Tiānguó* o Reino Celestial de la Gran Paz.

<sup>60</sup> A estos ejemplos paradigmáticos también se refieren Cox, recurrentemente (1987), y Williams y O’Brien (2007: 95-96).

En resumen, parece que “la noción de *Pax Britannica* nos ayuda a comprender algunos aspectos de una economía política global en evolución, pero oscurece otros” (O’Brien y Williams, 2007: 94), como por ejemplo al esconder el eurocentrismo del que hablábamos antes o sobrestimar la correlación entre economía liberal y democracia (liberalismo económico y político)<sup>61</sup>. No obstante, creemos que el concepto de *Pax Britannica* nos permite resaltar los elementos unificadores del sistema, la transformación del Estado y la expansión de la economía mundial en condiciones pacíficas (Cox, 1987: 129), a lo que sin duda contribuyó la gestión británica del equilibrio de poder y su “omnipotencia” en los océanos. Profundicemos ahora mínimamente en los fundamentos del liberalismo económico.

## b) Liberalismo económico

No nos interesa tanto a nuestros efectos detenernos en el análisis del Estado liberal, pero sí es preciso ver brevemente algunas cuestiones en torno al liberalismo. Sabemos que los economistas liberales clásicos, Smith y Ricardo, principalmente preconizaban la relación entre los intereses particulares y la felicidad de forma inversamente proporcional a la intervención del Estado en los procesos socioeconómicos. Sin embargo, sí aceptaban que esta relación inversa entre felicidad y funciones estatales se establecía a partir de una mínima actuación del Estado en determinados ámbitos generales: el ejercicio del monopolio de la violencia a través de la policía y del ejército (en distinto sentido, hacia un exterior poco juridificado); un sistema judicial que asegurase el predominio de la propiedad y la seguridad jurídica en las relaciones privadas como base para el tráfico económico; las cuestiones monetarias; la construcción de infraestructuras; y, más en general, el establecimiento de condiciones mínimas necesarias para el buen desarrollo de la iniciativa privada, entre las que destaca la importancia creciente de la estabilidad financiera y económica en general o la celebración de tratados comerciales.

---

<sup>61</sup> Menciona Cox (1987: 129 y ss.) varias paradojas. La primera, a la que nos referiremos después, es el incremento de funciones del Estado. La segunda de las paradojas se refiere a la relación entre capitalismo y democracia. Aunque puede decirse que los seguidores del credo liberal se inclinaban por el pluralismo político, cabría plantearse si se trata de una condición necesaria del liberalismo económico. Dicho de otra forma, en ciertos momentos y en ciertas latitudes la relación entre liberalismo económico y liberalismo político se rompe (o nunca se establece), lo que hace cuestionarse si hay algo de intrínseco en esa relación o se trata más bien de un más o menos afortunado y común accidente histórico.

Aquí surge una paradoja. La destaca Cox (1987: 129 y ss.) al señalar que, desde un análisis funcional del Estado, en el período liberal se produjo un crecimiento del Estado al ser necesario para funciones de ejercicio del poder o de control (especialmente algunas financieras). Entre otras funciones específicas, se requiere su actuación para remover los obstáculos a la libertad económica procedentes de las prácticas feudales y mercantilistas, establecer las condiciones para mercados libres de bienes y de trabajo<sup>62</sup>, asegurar la solidez del dinero<sup>63</sup>, o crear mecanismos para movilizar capital público (dentro del dogma: carreteras, puertos, etc.) y privado (ley de sociedades, formación de capital privado) para destinarlo a inversiones. Puede decirse que se crea un completo marco jurídico institucional a partir del cual se sientan las bases del sistema económico. Luego profundizaremos en las cuestiones financieras de ese marco.

Todavía destacaríamos un factor más en el que el Estado cobra importancia, esta vez en una dimensión jurídica internacional, como prolongación de ese marco institucional más allá de las fronteras del Estado: el libre comercio (como correlato del equilibrio europeo de poder). El señorío de los mares y las rutas comerciales por parte de Gran Bretaña y la paz general (o guerra limitada) hacen posible un aumento de las relaciones jurídicas comerciales entre Estados. El orden liberal establecido entre 1848 y la década de los setenta<sup>64</sup> será el período de expansión del capitalismo moderno a partir de un centro en Gran Bretaña completado por otras potencias liberales que establecen tratados comerciales entre sí, con excepción de los EE.UU (Cox, 1987: 145). Es este un período caracterizado por el hecho de que "la expansión económica global, políticamente [y jurídicamente] estructurada, tuvo impacto en las formas de Estado y en las relaciones de

---

<sup>62</sup> Por ejemplo, se establecieron uniones aduaneras como el Zollverein o acuerdos comerciales. Sobre el mercado de trabajo en Gran Bretaña se eliminó la ley de pobres, se creó un mercado nacional de trabajo, se llevó a cabo la desregulación del mercado de trabajo (incluida la prohibición de actuación colectiva) bajo la premisa de la igualdad de las partes (Derecho civil) frente a la que más tarde aparecerá el Derecho del Trabajo, etc.

No pretendemos tratar con detalle los elementos sociales de este recorrido por la larga historia, pero tampoco podemos soslayar los más importantes. En ese sentido, es importante comprender un movimiento clave que afecta al mercado de trabajo. Los campesinos, pobres subsidiados por terratenientes, etc. acaban en las ciudades constituyendo una enorme masa de mano de obra barata (como sabemos, con niños y mujeres como elementos "más valiosos"), movimiento en el que la colaboración del Estado (véase Polanyi 1989) es esencial (en paralelo en EE.UU.). En segundo lugar, se produce el choque entre burguesía comercial e industrial urbana y los propietarios rurales.

<sup>63</sup> La *Bank Act* de 1844 que separa en el Banco de Inglaterra la emisión de dinero de las funciones bancarias y que como dice Cox se mantiene en el siglo XX (primero con la *Financial Services Authority* o *FSA*, que ha sido recientemente reestructurada según el modelo "twin peaks" en la *Financial Conduct Authority* y la *Prudential Regulation Authority*). Por otra parte se liga a la moneda al patrón oro.

<sup>64</sup> Véase Landes, *The unbound Prometheus. Technological Change and industrial development in Western Europe from 1750 to the present*. 1969

producción de las áreas ‘penetradas’<sup>65</sup> que vieron transformadas sus relaciones de producción”. Y como parte fundamental de esta actividad internacional, destacan en el período las nuevas formas de crédito (Cox, 1987: 144).

Podemos decir, con Hobsbawn (2003b), que esta etapa es la *era del capital*, un tiempo marcado por la solidez, la movilización y la mundialización del capital. Dicho de otra forma, si en el período anterior ya había importantes flujos internacionales de capital, es en este donde esos flujos comienzan a ser enormes y, además, donde gracias al sistema financiero y crediticio hay abundancia de dinero (a diferencia del período anterior y en especial del siglo XVII caracterizado por la escasez de metales preciosos). Veamos con algo más de detalle la importancia de estas cuestiones financieras.

### c) Cuestiones financieras.

La importancia del sistema financiero puede percibirse en un breve repaso de los orígenes de la *city* londinense, Lombard Street<sup>66</sup>, como epicentro del surgimiento de las finanzas modernas a partir de dos elementos: la solidez del mercado monetario y el desarrollo del negocio bancario mediante la banca por acciones. La piedra angular del sistema resulta ser el Banco de Inglaterra<sup>67</sup>, en tanto que asume la función de reserva central (internacional) de oro y prestamista de última instancia<sup>68</sup>.

#### - Lombard Street La solidez del dinero y la movilización del capital (*haute finance*)

Las razones que sitúan a Inglaterra (Lombard Street) como el mayor mercado monetario hay que buscarlas en el sistema de *emisión de billetes* no monopolístico (primera función bancaria, consistente en emitir papel como sustitutivo de la circulación metálica), antecedente necesario del *depósito bancario*:

En Inglaterra y en Escocia, el sistema extensivo de emisión de billetes en todo el territorio fue el punto de partida de los bancos; en estos se habían colocado los ahorros del país y a través de este conducto fueron enviados a Londres. En ningún otro sitio surgió un sistema parecido y, en consecuencia, Londres está henchido de dinero y

---

<sup>65</sup> Véase, E. Wolfe, *Europa y los Pueblos sin Historia*, FCE, México, 1982.

<sup>66</sup> *Bank Act* de 1844.

<sup>67</sup> Creado en 1694 y nacionalizado en 1946 por el Gobierno inglés.

<sup>68</sup> Para comprender la importancia de esa función resultó y aún resulta fundamental la obra escrita en 1863 por Walter Bagehot (en su versión española): *Lombard Street. El mercado monetario de Londres*, FCE, México, 1968.

carentes de él, comparativamente, todas las ciudades de Europa continental. (Bagehot, 1969: 72).

La relación entre la solución del problema de la escasez del dinero y el auge comercial británico a partir del desarrollo de un sistema financiero moderno resulta de suma claridad en las palabras de Bagehot. La concentración de recursos monetarios del país a través de depósitos en unas cuantas entidades bancarias permitió, gracias a su accesibilidad, una movilización de recursos para la actividad industrial y comercial sin parangón en cualquier otro Estado del momento. Resulta imprescindible detenernos en la explicación canónica de Bagehot,

La forma más breve y veraz de retratar a Lombard Street es diciendo que con mucho, es la más grande combinación de poder y sensibilidad económica que haya contemplado el mundo. De la magnitud de su poder no cabrá duda. El dinero es poder económico. Todos están enterados de que Inglaterra es el país más adinerado del mundo; todos admiten que dispone de efectivo con más rapidez y en mayor volumen que cualquier otro país. (...) Los depósitos bancarios de Londres son varias veces más grandes que los de cualquier otra ciudad; los de Gran Bretaña muchas veces mayores que los de cualquier otro país. Por supuesto que los depósitos bancarios no son una medida rigurosamente exacta de los recursos de un mercado monetario. Al contrario, en Francia y Alemania, y en todos los países de menor tradición bancaria, el efectivo fuera de los bancos supera al que pueda encontrarse en Inglaterra o Escocia donde la banca está más desarrollada. Pero este dinero no es, por decirlo así, dinero del mercado monetario, porque no es accesible. (...) El dinero inglés es prestable (...) el solo hecho de que sea depositado en un banco lo hace mucho más asequible. Un millón de un solo banquero le representa un gran poder: puede prestarlo enseguida en el sitio que desee, y los prestatarios pueden acudir a él porque saben o creen que tiene el millón. Pero la misma cantidad repartida entre decenas o centenas de habitantes de un país, no significa ningún poder: nadie sabe dónde encontrarla o a quién pedírsela. La concentración del dinero en los bancos, aunque no es única, es la principal causa que ha hecho tan extraordinariamente rico al mercado monetario de Inglaterra; mucho más que al de otros países. (Bagehot, 1968: 24-25)

Una vez que el dinero concentrado en los bancos resulta movilizable, es decir, puede prestarse fácilmente contra garantías sólidas o expectativas razonables de negocios con beneficio, tal disponibilidad no es solo interna, sino que queda al acceso del resto de países, convirtiéndose Lombard Street en el centro de las finanzas internacionales,

Esta situación se observa continuamente. Se nos pide prestado y prestamos grandes sumas que sería imposible obtener en otra parte. Se dice a veces que cualquier país extranjero puede tomar prestado en Lombard Street a cierto precio; algunos países pueden tomar a préstamo mucho más barato que otros; pero todos, se dice, pueden obtener algún dinero si optan por pagar lo suficiente. (...) Un sitio como Lombard Street, en que, con la sola excepción de épocas extraordinarias, por lo general puede obtenerse siempre dinero contra una buena garantía o razonables perspectivas de probables ganancias, es un lujo que ningún país ha disfrutado antes en magnitud parecida” (Bagehot, 1968: 25-26)

El dinamismo de este sistema se observa en la “estructura democrática del comercio inglés” en el que pequeños comerciantes pueden tomar prestado y descontar sus letras, situándose en una posición ventajosa –precios más bajos- con respecto al “viejo capitalista”, que demanda mayores rendimientos,

En este constante y crónico pedir prestado, Lombard Street es el gran intermediario. Es una especie de corredor permanente entre los quietos sectores de ahorro del país [los distritos agrarios] y los de empleo activo de fondos [los distritos industriales]. (Bagehot 1968: 26)

Para Bagehot la conclusión principal es muy sencilla y es que el comercio inglés se ha convertido esencialmente en un negocio que se basa en el capital tomado a préstamo. En esto reside la capacidad comercial británica y “en exacta proporción al poder de este sistema está su delicadeza” (1968: 30-31).<sup>69</sup>

- El sistema de reserva única y el Banco de Inglaterra como prestamista de último recurso

Hemos mencionado anteriormente que el surgimiento de la deuda nacional fue la innovación financiera clave del siglo XVII, especialmente en la medida en que se creó un instrumento cuya gestión determinaría en buena medida la diferente evolución política y económica de las naciones europeas. Como señala Bagehot (1968: 72), Carlos II “hizo descender el crédito del Estado inglés al punto más bajo posible” mediante el cierre de la Tesorería y el impago de lo allí atesorado (metales preciosos confiados por los orfebres). Como consecuencia de ello, ni tras la Revolución de 1688, ni en la década siguiente (Guillermo III), fue posible obtener financiación de importancia. La situación se salvó mediante la creación del “Gobernador y Compañía del Banco de Inglaterra”, que incorporaba a los suscriptores de una financiación de 1.200.000 libras esterlinas. Como señala Bagehot (1968: 73), “durante largo tiempo, el Banco de Inglaterra fue foco

---

<sup>69</sup> Su delicadeza es su riesgo, porque como señala Bagehot en ningún sistema existe una reserva de caja tan pequeña en relación con el volumen de depósitos bancarios. Tras revisar las quiebras de Overend, Gurney and Co., de Baring Bros. y de Murrieta & Co., Bagehot hace dos apreciaciones ciertamente actuales y que por su simpleza constituyen un breve manual del buen supervisor bancario. Para Bagehot, estas quiebras, nos enseñan que (1) “debemos examinar el sistema según el cual se manipulan esas grandes cantidades de dinero y asegurarnos de que es digno de confianza y conveniente” (1968: 32). Y (2) “no podemos recurrir a la experiencia para comprobar la seguridad de nuestro sistema tal como es ahora porque sus dimensiones actuales son completamente nuevas. Evidentemente, un sistema puede ser adecuado para regular algunos millones y, sin embargo, ser completamente inadecuado cuando se trata de hacer frente a muchos millones. Y así pudiera suceder con Lombard Street tan rápido ha sido su crecimiento y tan sin precedentes su naturaleza”. Volveremos sobre la cuestión en la tercera parte (capítulo V).

del liberalismo londinense y en esta calidad rindió inestimables servicios al Estado. En pago de ello, el Banco de Inglaterra recibió del Gobierno, ya sea al principio o después, tres privilegios”. Se refiere Bagehot a (1) la posesión de los saldos del Gobierno; (2) el monopolio de la actuación bajo responsabilidad limitada; y, (3) el monopolio real –que no legal- de la emisión de billetes en Londres (realmente monopolio como única compañía por acciones a la que se le permitía dicha emisión). Concluye Bagehot (1968: 75) señalando que tal cúmulo de privilegios hizo que el conjunto de los banqueros depositaran en él sus reservas, haciendo que un sistema que de natural sería descentralizado en las distintas entidades bancarias se configurara como un sistema centralizado o de reserva única.<sup>70</sup>

- El patrón oro

A la vista de lo anterior, un primer elemento fundamental para comprender no sólo este período, sino el funcionamiento de la economía capitalista, es el de la existencia de un sistema crediticio internacional que financia las economías; en el siglo XIX Londres<sup>71</sup> hizo ese papel, erigiéndose de forma general como prestamista de último recurso. Las bases financieras y jurídico-institucionales asentadas desde los comienzos de la Edad Moderna cristalizaron en este período en un sistema financiero sofisticado en el que “los bancos privados canalizaron la riqueza de la Revolución Industrial en inversiones exteriores. Desde 1815 Londres se convirtió en el centro financiero mundial y sus bancos (...) invertían el dinero donde hubiera más beneficio, en Gran Bretaña o fuera” (O’Brien/Williams 2007: 87).

Por otra parte, ya resaltamos en el período anterior la importancia de la relación entre lo comercial y lo monetario y concretamente de la existencia de un sistema monetario internacional que hiciera posible la solidez del dinero, facilitando los intercambios internacionales en distintas monedas, ya sea entre Estados o entre particulares. En ese sentido, O’Brien y Williams (2007: 86) apuntan a tres claves dentro del sistema monetario internacional: (1) los tipos de cambio (fijos en relación con otras monedas o flotantes); (2) la naturaleza de los activos de reserva (oro, monedas extranjeras) con los

---

<sup>70</sup> Un último extremo es la importancia del Banco de Inglaterra y en general de los bancos centrales no para fijar el valor permanente del dinero como su valor transitorio (Bagehot, 1968: 84).

<sup>71</sup> 1870 volumen de depósitos en millones de libras: Londres 120 frente a 40, 13 y 8 de NY, París y Alemania respectivamente. (Hobsbawn, citado por O’Brien y Williams, 2007: 87).

que atender pagos de moneda; y (3) El control de los movimientos de capital (libres o restringidos por cantidades, tiempos, etc.).

En este período, junto con la constitución de Londres como centro financiero internacional, un segundo elemento financiero resulta clave y posible precisamente gracias a esa función central que Lombard Street ejercía como proveedor internacional de liquidez. Nos referimos a la instauración (casi general) del patrón oro<sup>72</sup>, desde el fin de las guerras napoleónicas hasta 1914, con su apogeo en el período 1875-1914. Siguiendo el esquema de las tres decisiones fundamentales sobre política monetaria que veíamos, el sistema se apoyaba en tres elementos: (1) los Estados fijaban el valor de su moneda contra el oro; (2) permitían el libre (o al menos fácil) tránsito del oro a través de las fronteras; y (3) las monedas podían cambiar de valor entre sí manteniéndose fijas al oro (O'Brien/Williams, 2007: 87).

Una cuestión adicional que facilitaba el funcionamiento de todo el sistema nos devuelve a la equívoca relación entre liberalismo y democracia, a la que nos referíamos anteriormente. Y es que una de las cuestiones claves dentro del auge del capitalismo moderno –especialmente en Gran Bretaña- fue la ausencia de contestación social (al menos en una primera fase) y, sobre todo, la ausencia de participación en la toma de decisiones. Precisamente el patrón oro se fundó sobre ambas ausencias y favoreció en algunos momentos la ralentización más o menos automática de la economía a través de la deflación, que afectaba a las clases trabajadoras fundamentalmente mediante la pérdida de sus empleos.

Empezábamos el período señalando que, más allá de la restauración efectuada por el Congreso de Viena, la doble revolución, industrial y política (la Revolución francesa y sus consecuencias en toda Europa), hizo imposible mantener las bases de un sistema de Estados que se fundaba –no sólo en las cuestiones de poder militar, sino también en su correlato necesario económico y comercial- sobre la diplomacia de gabinete o, en otras palabras, que no encontraba bases en las que apoyarse dentro de la sociedad que pretendía regir. Por contra, durante la *Pax Britannica* estas bases si fueron sólidas y estuvieron constituidas por una alianza entre aristocracia y burguesía. Y como piedra

---

<sup>72</sup> Afirman O'Brien y Williams (2007: 87) que en el período de la *Pax Britannica* la solución a los dos problemas de intercambio de monedas y balanza de pagos fue el patrón oro.



angular del sistema, como señalan O'Brien y Williams (2007: 88), "la presencia de Londres como centro financiero y la creación del patrón oro facilitaron el movimiento de dinero de unos países a otros. Así, el siglo XIX supuso el comienzo de enormes flujos internacionales de capital". Para concluir, no puede dejar de señalarse que a esta historia de éxito, a este período de estabilidad política y económica contribuyen –junto a la solvencia financiera del sistema que propició el aumento de los flujos de capital- al menos otros dos factores, a partir de los cuales podrá entenderse mejor su posterior evolución. Nos referimos, con Cox (1987: 147), al hecho de que el conflicto de clases no estaba polarizado y al boom de 1848-1870, que sostuvo gobiernos y evitó revueltas.

Aunque con anterioridad, hacia 1830-1848, ya había habido una primera crisis, que, para Hobsbawn<sup>73</sup>, puede definirse de "crisis general capitalista" (Hobsbawn, 2003a: 46), los movimientos revolucionarios no acabaron de cristalizar, y solo a partir de la década de los setenta del siglo XIX el sistema entrará en crisis, hasta que entre el socialismo internacionalista y el mito de la nación (O'Brien/Williams, 2007: 105), este último discurso será más fuerte y conducirá a la guerra.

### **1.3.3 Rivalidad y proteccionismo.**<sup>74</sup>

#### a) Rivalidad sin equilibrio

Como nuestro interés se encuentra en comprender que la sociedad internacional y concretamente la europea evolucionan dentro de la dialéctica de cambio y continuidad, comenzamos este tercer período señalando que entre 1870 y 1890 (Cox, 1987: 151) se

---

<sup>73</sup> En ese sentido señala Hobsbawn (2003a: 46) cómo se produce un primer tropiezo del incipiente sistema hacia 1830-1840, una "primera crisis general capitalista" como fenómeno "no puramente inglés" con graves consecuencias sociales:

"La explotación del trabajo que mantenía las rentas del obrero en un nivel de subsistencia, permitiendo a los ricos acumular beneficios que financiaban la industrialización y aumentar sus comodidades, suscitaba el antagonismo del proletariado. (...) pero eran pequeños comerciantes, granjeros los que sabían "de sobra lo que era el dinero y el crédito...rabia personal. Todo iba muy bien para los ricos, que podían encontrar cuanto crédito necesitaran para superar la deflación y la rígida ortodoxia monetaria de la economía de después de la guerra napoleónica; en cambio el hombre medio sufría y en todas partes y épocas del siglo XIX [carecía] de fácil crédito y flexibilidad financiera." (Hobsbawn, 2003a: 46)

<sup>74</sup> La mayor parte de los esfuerzos de comprensión de la larga historia contemporánea tratan el período hasta 1914. El propio Hobsbawn (1994), si bien distingue tres eras bien diferenciadas en el siglo XIX, considera el siglo XX como "siglo veinte corto" (entre 1914-1918 y 1991). Creemos que, al menos a efectos de nuestra investigación, es más útil una periodización (que en todo caso siempre será relativa) que comprenda el período entre los años 70 del siglo XIX y el fin de la Segunda Guerra Mundial como un período de rivalidad internacional no hegemónica.

produjo una ruptura o discontinuidad con respecto a la estructura vigente en la economía política internacional o, en sentido más amplio, en el orden internacional. Como O'Brien y Williams (2007: 93) señalan, tras la edad de oro del liberalismo, entre los años cuarenta y setenta del siglo, el último tercio del siglo XIX es una época de contradicciones y aumento de la rivalidad. El nuevo período viene marcado de inicio por la crisis del liberalismo y el repliegue de las principales potencias en el proteccionismo (Alemania, EE.UU.) económico, situación que evolucionó hacia distintas variantes y salidas alternativas al Estado liberal<sup>75</sup> en un contexto internacional de lucha por la hegemonía. Simplificando mucho, podemos considerar que a lo largo del período dos de esas salidas fueron nacionalistas -el primer Estado de Bienestar bismarckiano y el Fascismo- y una internacionalista -el Estado socialista-, manteniéndose Gran Bretaña en la fidelidad al orden liberal frente al proteccionismo y conservando en buena medida su competitividad comercial internacional gracias fundamentalmente a la fortaleza de su sistema financiero.

Britain loses its productive advantage, but maintains its commitment to economic liberalism because of the strength of its financial industry. Germany and US which are becoming more advanced in production remain protectionist rather than embracing free trade as the British did at the height of the Industrial Revolution (Cox, 1987: 151).

En todo caso, la década de 1870 -fecha que podemos convenir para el comienzo de esa transformación- viene marcada por las unificaciones nacionales de Alemania e Italia y por un importante giro en la política exterior británica, que tras la muerte de Lord Palmerston<sup>76</sup> aunque no se desliga completamente del equilibrio europeo de poder, sí disminuye su atención en los asuntos europeos, para centrarse en sus dominios de ultramar y en los asuntos comerciales. Así, poco a poco, el equilibrio de poder de hegemonía británica como sistema de estabilidad liberal comienza su declive, aumentando el antagonismo y rivalidad entre las potencias europeas polarizadas en dos ejes (con autoexclusión británica),

That balance was not ended following 1870 but was transformed. A number of powers still remained effectively in the European system, sufficiently equal in strength that no one could dominate the others. (Bismarck, after his success over France, proclaimed Germany a satisfied power, thenceforth intent on maintaining the balance, not suppressing it). However from the 1870s there began a new phase of alliance building that by the 1890s, had led to a polarization of Europe between the Triple Alliance (Germany, Austria and Italy) on the one side and a Franco-Russian alliance on the other. When Britain re-entered the European political system after 1900s, it was as a member

---

<sup>75</sup> Véase GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1985.

<sup>76</sup> Primer Ministro británico fallecido en 1865.

of the alliance with France and Russia. The balance of power had by then come to an end. (Cox, 1987: 152).

b) Proteccionismo económico.

En este nuevo escenario que se vislumbra en el fin de siglo y bajo estos movimientos entre potencias, subyacen fuertes motivaciones económicas, en particular, el declive industrial británico frente, especialmente, al ascenso de la capacidad industrial de EE.UU. y Alemania (Segunda Revolución Industrial). El indicador de la producción industrial de acero (también indicador de poderío militar) nos muestra que EE.UU. era en la última década del siglo XIX el primer productor y que Alemania superó en los primeros años a Gran Bretaña, de manera que pueden identificarse (Cox, 1987: 154) dos consecuencias de esta rivalidad entre potencias industriales: el proteccionismo –con el siguiente debilitamiento de los principios liberales- y el expansionismo –nuevo imperialismo- dirigido a la conquista de mercados y colonias.

Aunque las explicaciones principales del declive británico se apoyan en una larga depresión que va desde los 70 a los 90 y en la obsolescencia de los medios británicos de producción, unida a su menor capacidad de innovación, debe considerarse también la importancia de las relaciones sociales subyacentes<sup>77</sup> (Cox, 1987: 159) y, más concretamente, de lo que podríamos llamar la gestión de la protesta social emergente, inexistente o al menos mucho menos organizada en la era de oro liberal.

A esas condiciones sociales parece anticiparse precisamente una de las salidas no internacionalistas de la crisis. Las condiciones de trabajo capitalista y la organización de la alternativa al liberalismo se encontraban en la base de una nueva concepción del Estado acuñada por Bismarck a partir de tres elementos: maximización del interés nacional, proteccionismo y bienestar. La cuestión puede resumirse en la afortunada fórmula de Carr que cita Cox (1987: 157), y que se opone al internacionalismo

---

<sup>77</sup> Para Cox (1987: 159), más centrado en sus investigaciones en el elemento social y concretamente en el trabajo: “The turning points in history are thus not to be explained of technological apps but rather in terms of the social relation changes that make them possible.” Creemos que esta cuestión debe discutirse porque a veces puede resultar excesivamente determinista y no tomar en cuenta otros factores: culturales, tecnológicos, financieros, etc. Por poner sólo un ejemplo, los cambios en la percepción, de base tecnológica, incorporan a menudo un contenido artístico-cultural y un no menos sentido o intención política (propaganda, imagen, etc.). Podrá decirse desde luego que también son cambios sociales, pero habremos de aceptar entonces un concepto de lo social mucho más amplio que el característico de las clases sociales en el marxismo.

marxista, “the socialization of the nation has as its natural corollary the nationalization of socialism”. Esta maximización del interés nacional propia de la *realpolitik* bismarquiana<sup>78</sup> se superpone, así, a la lucha de clases<sup>79</sup> y se presenta como primera salida a la crisis del liberalismo,

A transformation of the liberal state in which the essence of the liberal state as guardian of the market and of the principle of private (or non state) property in the means of production was preserved. (...) However, the state supplemented the market-sustaining functions of the liberal state with new functions intended to compensate for the negative effects of the market on significant numbers of citizens... functions were attributed to the state for the protection of individual citizens and of the whole society. (Cox, 1987: 165).

Este es un elemento relevante que demuestra las posibilidades del Gobierno económico, en tanto que el reconocimiento de contingencias sociales producidas por los procesos económicos supone (Cox, 1987: 165) un cambio en la clásica atribución liberal de los problemas a los fallos personales o no relacionados con el funcionamiento de la economía liberal. La aceptación de que el desempleo era producto del funcionamiento económico conduce a aumentar el conocimiento de los procesos, los ciclos y las posibilidades del Estado para actuar con diversas medidas de gobierno como “tutor” del mercado –con nuevas funciones- y de la economía en general, aunque aquel siguiese siendo preeminente.

Al mismo tiempo, como consecuencia del giro proteccionista se produce una disminución de las relaciones comerciales internacionales, así como una escalada en la búsqueda de nuevos mercados mediante un expansionismo de carácter militar o agresivo. No es casual que los primeros intentos de limitación de la guerra a partir del Derecho, mediante la búsqueda de un protosistema de seguridad colectiva, se produzcan en ese momento, en sendos Congresos de La Haya de 1899 y 1907, esfuerzos infructuosos en medio de un sistema de alianzas mutuas, tratados secretos y aumento progresivo de la tensión hasta la declaración de la Gran Guerra en 1914. El corolario necesario de este repliegue proteccionista es el socavamiento del orden financiero internacional, que, como vimos, durante la era liberal de hegemonía británica había

---

<sup>78</sup> Cox habla de Estado Nacionalista de Bienestar (1987: 164). A no confundir con el Estado de Bienestar de la posguerra, pero probablemente su antecedente más significativo.

<sup>79</sup> Destacan además estrategias diversas vinculadas a los modos de producción. Por ejemplo, el taylorismo aparece no solo como forma de organización del trabajo, sino como instrumento de lucha social que minimizó el coste y la influencia de cada trabajador al fragmentar su papel en la producción. Otro elemento que redefine las relaciones de trabajo es la aparición de nuevos trabajadores de industrias de producción en masa (semicualificados). Estos procesos animaron el surgimiento de sindicatos, como proceso de colectivización inverso a la fragmentación característica de los nuevos modos de producción.

adquirido solidez y dinamismo. Cabe preguntarse si hubo un vínculo de ida y vuelta entre la estabilidad financiera y el orden hegemónico o, cuando menos, entre la estabilidad financiera y la política en el orden internacional.

### c) Cuestiones financieras

#### - El desorden financiero internacional

Una vez que decae la hegemonía británica en el orden liberal del siglo XIX –garantizada por un sistema monetario y crediticio estable-, no queda sustituida por una nueva, sino que el sistema se mantiene en tensión o rivalidad, en un panorama que podemos describir como de desorden e inestabilidad financiera internacional. Y ello a pesar de los esfuerzos que –sobre todo por parte de las élites de los países centrales del sistema (O’Brien/Williams 2007: 110 y ss.)- se producen, tanto al final de la Primera Guerra Mundial como durante todo el período de entreguerras y, muy especialmente, en los años 30. Fracasaron, por ejemplo, los esfuerzos de financieros británicos y estadounidenses, quienes fomentaban el internacionalismo, la apertura comercial y la necesidad en el caso de EE.UU. de implicarse tanto en el orden internacional (*Carnegie Endowment, Foreign Affairs*, etc.<sup>80</sup>) como, más en concreto, en la gestión económica internacional. O’Brien y Williams (2007: 110) aluden a varios factores, a saber:

There were several problems with the attempt to re-establish open economic relations. First, in creating rigid and punitive international monetary and credit systems. (...) Second, international economic arrangements did not take into account the views and interests of mass societies mobilized by the First World War. (...) Finally, the largest power in the system was not fully committed to making the sacrifices needed to maintain an open international economy.

Puede afirmarse que el funcionamiento del sistema financiero y monetario y el aislacionismo político<sup>81</sup> de los EE.UU. como primera potencia mundial, fueron factores principales que influyeron en el derrumbe definitivo del orden internacional.<sup>82</sup> Ambas cuestiones se comprenden al analizar *la crisis bancaria de 1931* y los acontecimientos

---

<sup>80</sup> El comienzo de la disciplina de las Relaciones Internacionales.

<sup>81</sup> Aislacionismo que será también financiero, en la medida en que dirección política y económica no son cosas realmente diferentes.

<sup>82</sup> La cuestión de las masas populares insatisfechas desempeña obviamente un papel determinante en la medida en que funciona como elemento de presión (por ejemplo en Alemania), pero sobre todo juega un papel esencial en el planteamiento de las tres alternativas que surgen al Estado liberal: el comunismo, el fascismo (patología) y la propia salida del Estado Liberal hacia el Estado de Bienestar y las políticas keynesianas.

subsiguientes, si bien, antes de entrar en esta cuestión, debemos apuntar que la situación financiera internacional en los años de la posguerra estuvo caracterizada por dos elementos clave: la inversión de la relación entre nuevos deudores (Alemania) y acreedores (EE.UU.) y por la evolución del sistema monetario, protagonizada por la reinstauración fallida del patrón oro.

Ríos de tinta se han escrito sobre *las consecuencias económicas de la paz*, por utilizar el título de la obra keynesiana. Más que reproducir aquí algunas de esas cuestiones, queremos resaltar que la Primera Guerra Mundial propició entre otras cosas una inversión de roles entre deudores y acreedores, en beneficio de EE.UU., así como una disminución notable de las inversiones foráneas en Europa, y supuso para los nuevos deudores, en especial para Alemania, la imposibilidad de atender las deudas impuestas por las condiciones de la paz. Sobre la segunda cuestión, la evolución del sistema monetario, cabe distinguir varias fases. En el momento inmediatamente posterior al fin de la Primera Guerra Mundial, la regla fue la libre fluctuación de monedas en un contexto de esfuerzo por la internacionalización y la apertura comercial. En un segundo momento, se reinstauró el sistema de patrón oro (en la práctica, una suerte de unión monetaria incompleta) que fracasó debido a la incorrecta valoración de las monedas con respecto a la previa a la guerra y a la ausencia de prestamista de último recurso; la situación llegó a sus peores consecuencias tras la crisis bancaria austriaca a la que nos referiremos a continuación. Como señalan nítidamente O'Brien y Williams, los Estados no fueron capaces de tomar decisiones adecuadas sobre el ajuste del valor de sus monedas,

States were eager to move back to the security of the gold standard which would give people confidence in the value of their currency and facilitate international trade. A problem emerged when states were so committed to the gold standard that they disregarded the harm it caused to their national economies. Several states fixed their currency to gold in ways that damaged their national economies. For instance, Britain fixed its currency to gold at the same rate as it was before the war even though the economy was weaker. This meant that the British currency was overvalued and its exports were expensive for other states. This reduced employment as British exporters lost business and jobs. In Germany, the government eventually succeeded in curbing runaway inflation, but restricted the money supply until the economy ground to a halt, causing a massive increase in unemployment. The fixation with monetary stability and unwillingness to adjust the value of currencies and money supply to boost economic growth prevented governments from responding positively to recession and depression. (O'Brien/Williams, 2007: 110)

- La crisis bancaria de 1931 y la inestabilidad del sistema monetario y financiero.

Según O'Brien y Williams (2007: 111), las condiciones punitivas del Tratado de Versalles provocaron algunas de las condiciones que finalmente acabaron en la crisis financiera de 1931, que se produjo tras la quiebra del mayor banco austriaco (*Creditanstalt*) cuando se declaró insolvente como consecuencia de la depreciación de sus activos y de la fuga de depósitos extranjeros. La crisis bancaria se extendió inmediatamente a Alemania, habida cuenta de la interrelación profunda entre sus sistemas financieros. Lo que la crisis constató fue que el sistema financiero era internacional en su funcionamiento entrelazado, pero no en su gestión o gobierno<sup>83</sup>, en tanto que carecía tanto de prestamista de último recurso, como de mecanismos de gestión de crisis bancarias (nacionales e internacionales). Puede decirse que. No resultan extrañas, por ejemplo, las imprecaciones de Briand y Stresemann en la Sociedad de Naciones sobre la necesidad de aumentar la cooperación monetaria europea. En términos actuales diríamos que el rescate no fue posible,

Britain wanted to aid Germany, but needed US financial assistance to do so. The US would only help if the French also contributed. The French government would only help Germany if it granted further political concessions to France. The German Government already under pressure from the NSDAP (Nazis) for being too weak was unable to accommodate the French government. Rather than face the possibility that their currency would collapse, the German government instituted capital controls. (O'Brien/Williams, 2007: 111)

La incapacidad para encontrar solución a la crisis bancaria acabó propiciando que tanto Gran Bretaña como Estados Unidos abandonasen el patrón oro y se concentrasen en su economía nacional. En 1932 los grandes países se habían replegado en sus relaciones económicas a sus zonas monetarias: la zona del marco, del dólar, de la libra y del franco (O'Brien/Williams, 2007: 111). La situación provocó una recesión mundial que, según Kindleberger, fue tan amplia, duradera y profunda por la incapacidad de las potencias centrales del sistema (EE.UU. y Gran Bretaña, principalmente) de dirigirlo. Dicho más concretamente, el sistema carecía de prestamista de último recurso para prestar a países en dificultades, papel que -además de los bancos centrales nacionales- ejercía Gran Bretaña en el siglo XIX, pero que debido a su aislacionismo no quiso ejercer EE.UU. en este momento. Aunque los análisis retrospectivos de historia financiera siempre

---

<sup>83</sup> Véase para mayor detalle Kindleberger Ch. Aliber, R., *Manias, panics and crashes. A History of Financial Crises*, Palgrave Macmillan, 2015, New York. Véase también Galbraith, J.K., *El crash de 1929*, Ariel, Madrid, 2007.

constituyen relatos posibles pero cuestionables, la siguiente descripción de Kindleberger resulta iluminadora,

Five aspects of the 1931 story are specially striking: 1) the inability of Britain to act as a lender of last resort; 2) the unwillingness of the United States to act as a lender of last resort..., 3) the desire of France to advance its political objectives with respect to Austria and Germany; 4) the paranoia of Germany after 1923, preferring anything to a hint of inflation; and 5) the irresponsibility of the smaller countries. (Kindleberger/Aliber, 2015: 299).<sup>84</sup>

### 1.3.4 Hacia la economía global.

Si volvemos al concepto de equilibrio de poder que caracterizó el sistema europeo westfaliano o posimperial<sup>85</sup> (desde mediados del siglo XVII hasta la Primera Guerra Mundial, con diferente grado de perfección y estabilidad), tal vez podríamos decir que el orden bipolar resultante de la Segunda Guerra Mundial fue un sistema dual de equilibrio. En el nuevo orden existen dos potencias imperiales, hegemónicas en sus respectivos espacios, enfrentadas en el plano económico y en el político. Ambas potencias se encuentran en equilibrio o paz armada fundada sobre la disuasión nuclear, y en guerra periférica, es decir, con el llamado tercer mundo como campo de batalla entre el primero (capitalista) y el segundo (socialista)<sup>86</sup>. En síntesis, no hay equilibrio de poder dentro de esos sistemas, que son de corte imperial, sino entre los dos sistemas imperiales que se enfrentan, habitualmente por *persona* interpuesta, en el campo de batalla del llamado tercer mundo<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> Los autores recogen las críticas vertidas a su propio planteamiento, como la que señala que hubiera sido necesario un Plan Marshall después de la Primera Guerra Mundial o la que afirma que Alemania – dispuesta a toda costa a deshacer las cláusulas reparatorias del Tratado de Versalles- no hubiera aceptado en ningún caso un prestamista de último recurso. Tesis de Kindleberger y críticas resumidas nos dan una idea de la desordenada situación financiera del mundo de entreguerras.

<sup>85</sup> Recordemos por un instante a aquellas palabras que citábamos de Kissinger, cuando decía que era el imperio la forma más habitual de poder internacional, no, como se pensaba con frecuencia, el equilibrio de poder. No nos interesa tanto la descripción del orden internacional en términos de Imperio, sistema de Estados o equilibrio (y su relación con conceptos como unipolar, bipolar, multipolar, unimultipolar, etc.), sino la equívoca relación entre la existencia de orden, especialmente en materia financiera, y hegemonía.

<sup>86</sup> Para Cox el de EE.UU. es después de la Segunda Guerra Mundial el mismo tipo que liderazgo que el de Gran Bretaña en el siglo XIX. Se trataría de una nueva era hegemónica en la que, señala, la existencia de dos superpotencias (enfrentadas) no permite hablar de equilibrio de poder, “sino “condominium” o bipolaridad” (1987: 211), y de *Pax Americana*, en recuerdo de la *Britannica* (y de la *Romana*, obviamente).

<sup>87</sup> Cuando uno de los dos colapsa, el resultado inicial parece ser el nuevo orden reivindicado en 1991 por George Bush, liberal y pacífico dentro del sistema, si bien el colapso del bloque socialista dará lugar a un panorama protagonizado por las guerras étnicas, las doctrinas de guerra y choque de civilizaciones o la constatación del interés por hallar nuevos desafíos con los que sustentar la maquinaria militar de la Guerra Fría. Puede verse al respecto, Remiro Brotóns, A., *Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.



En cuanto a las características internas del sistema, el análisis de la inestabilidad del período previo a la Segunda Guerra Mundial permitió comprender las necesidades del nuevo orden posterior.

Así, (1) para la necesaria estabilidad monetaria y financiera y para la apertura comercial se crean instituciones económicas internacionales, en particular un prestamista de último recurso, mediante el orden de Bretton Woods. Junto a la provisión de estabilidad financiera como pilar del sistema económico internacional, debemos destacar otros elementos estructurales que afectan tanto al plano nacional como al internacional. (2) Para integrar a las masas, trabajadores, se desarrolla en el plano interno el Estado de Bienestar. (3) Como nuevo sistema de seguridad internacional se crea la Organización de Naciones Unidas, que, entre otras cosas, servirá para articular el equilibrio disuasorio de la Guerra Fría. A instituciones económicas, sistema de seguridad y Estado de Bienestar como tres grandes constructos jurídico políticos de la posguerra, puede sumarse (4) un nuevo orden internacional de protección jurídica del individuo<sup>88</sup>. Finalmente, para acabar de perfilar las grandes líneas del nuevo período en términos de poder, EE.UU. tomará parte activa y será el nuevo hegemón dentro del polo capitalista. El siglo americano comienza.

Ciñéndonos más a nuestro ámbito específico de estudio, diríamos que esta es una etapa en la que durante la primera fase hay fuertes “mecanismos de gobierno” de la economía (internacional y nacional), rasgo que funciona como línea de ruptura del período en –al menos y a falta de mayor perspectiva histórica– dos etapas bien diferenciadas. Una primera parte del período se desarrolla desde el fin de la Segunda Guerra Mundial en 1945 hasta los años 70, y en la que puede hablarse de liberalismo integrado (*embedded liberalism*)<sup>89</sup> o, en otro sentido, de edad de oro de la *Pax Americana*, en tanto que existe

---

<sup>88</sup> De los cuatro elementos, en realidad sólo el tercero afecta a los dos mundos, capitalista y comunista. Como sabemos, el horror nazi provoca una reacción conducente a la universalización de los Derechos Fundamentales y en términos jurídicos al comienzo de una nueva era en la protección internacional de los derechos humanos (desde las convenciones de Ginebra sobre Derecho Humanitario al TPI), y, más allá de la protección del individuo y de su reconocimiento como sujeto de Derecho Internacional, a una nueva era para el Derecho Internacional. Su efectividad durante las guerras coloniales y poscoloniales, de Indochina y Vietman a Irak, Afganistán o Siria, nos llevaría a abrir otro capítulo bien diferente.

<sup>89</sup> Una traducción del término al castellano puede no resultar suficientemente clara. La fórmula *embedded liberalism* trata de resaltar el compromiso entre el capital y el trabajo propio del pacto social de posguerra. Hemos preferido el término “integrado” en tanto que no se trata de que la sociedad de integre en el mercado, apareciendo como accesoria, sino de que la economía de mercado se integre en la sociedad

un verdadero orden económico internacional. La segunda parte del período nos lleva desde la década de los setenta hasta la actualidad y puede describirse como un proceso de progresivo desmantelamiento de los elementos<sup>90</sup> del orden de posguerra, del que destacamos ya la sustitución de los mecanismos de gobierno de la economía –el orden financiero y el contrato social- por la institucionalización del mercado.<sup>91</sup>

#### **1.3.4.1 Primera parte (1945-1970).**

##### a) Pax Americana y capitalismo integrado

Hemos visto que la estructura del nuevo orden consistía esencialmente en el condominio o equilibrio entre imperios que resultan hegemónicos en sus respectivos ámbitos y que, con no poca ironía, suele llamarse *Pax Americana*. En el sistema político institucional, el marco de NN.UU. sirve al nuevo equilibrio o condominio (Cox, 1987: 211), mientras permite la ficción del antiguo equilibrio de poderes con cinco miembros permanentes, todos ellos potencias nucleares, incluyendo las dos viejas potencias coloniales (que en breve se verán inmersas en el proceso de descolonización). El equilibrio del condominio se basa en la confrontación “fría”, en la estabilidad que garantizaba un enfrentamiento no abierto (en el sentido militar) entre ambas superpotencias. La destrucción mutua asegurada es la piedra de toque del sistema. Sin embargo, el resto del mundo, en particular el llamado tercer mundo, formado por las colonias que iban accediendo a la independencia, se convirtió en el campo de batalla del tablero. Podemos decir que, como en el caso de la *Pax Britannica*, la *Pax Americana* es un orden estable y hegemónico, pero que sólo es *pax* para los territorios centrales (eurasiáticos y norteamericanos fundamentalmente), mientras que es época de violencia continua para los territorios que se encuentran fuera de ese marco. En consecuencia, la permanente pugna entre ambos imperios se produce principalmente en la periferia del

---

y sus fines, en la dirección indicada por Polanyi en 1944. (Polanyi, K. (1989 [1944]). *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*. Madrid: Ed. La Piqueta.

<sup>90</sup> Desde luego del orden financiero internacional y del Estado de Bienestar (lo que obviamente es una cuestión interna del primer sistema, pero también relacionada con el segundo sistema, sobre todo después de su caída). El sistema de seguridad decae en la medida en que lo hace uno de sus dos miembros imperiales. La situación en relación con el cuarto elemento es más discutible, ya que si bien se produce una paulatina universalización de su protección y, desde luego, el individuo se consolida como sujeto de Derecho Internacional, caben plantearse serias y crecientes dudas en cuanto al estado de su efectividad.

<sup>91</sup> Que como señala J. De Miguel Barcena son dos cosas bien diferentes (2011: 29).

sistema, el tercer mundo, si bien será la evolución interna -económica, social y política- de ambos lo que determinará el resultado final del enfrentamiento.

Dentro del sistema capitalista, la *Pax Americana* -el orden a la medida de EE.UU. en la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial- puede sintetizarse en lo económico en la fórmula *liberalismo integrado (embedded liberalism*<sup>92</sup>) basado en dos pilares (Cox, 213-214): los principios del libre cambio en el ámbito internacional y en el ámbito interno el compromiso con el trabajo y la intervención del Estado para garantizar la paz social. Dentro del primer pilar, exterior, se establece un marco de dirección económica mediante la creación de instituciones financieras cuyo objetivo era el de poder manejar algunos de los problemas económico-financieros que se cuentan entre las causas de la Segunda Guerra Mundial. En el segundo pilar, ante la alternativa socialista, se establece una política interior de crecimiento económico, empleo y bienestar, todo ello bajo el paraguas de la disuasión atómica. En tanto que se abre una era dorada (1950-1970) cabría hacer un paralelismo desde la perspectiva de la estabilidad del sistema internacional entre el siglo XIX y el XX, con algo más de dos décadas de esplendor liberal -orden hegemónico- a las que sucede un período de crisis. Debe notarse, no obstante, que el *embedded liberalism* es diferente al dorado período de estabilidad liberal del siglo anterior. La existencia de un contexto de permanente pugna (militar, económica y cultural) entre dos sistemas económicos y políticos antagónicos, la constatación de la importancia de la respuesta a las tensiones sociales internas -que ya se vislumbraba en el Estado bismarckiano- y la mayor complejidad de la economía capitalista, marcan, entre otros factores, la diferencia con el siglo anterior. Pero sobre todo, la distinta pauta viene interpretada por la existencia de lo que podríamos considerar una política económica consciente -en este período hasta los años setenta- o, dicho de otra forma, por constituir un paréntesis entre períodos en los que la adopción de medidas económicas venía inspirada no por ser una necesidad natural del sistema de Gobierno, sino una respuesta, una reacción frente a los fallos de mercado. Cuestión de paradigmas, como veremos.

---

<sup>92</sup> Véase Ruggie, John Gerard. 1982. *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*.

## b) El marco de la hegemonía

Al terminar la Segunda Guerra Mundial y como elemento esencial para el nuevo orden se planteó la duda acerca de cuál sería en él el papel de EE.UU., es decir, si repetiría el aislacionismo de entreguerras o tomaría un papel activo como, según señala Cox (1987: 214), deseaban sus aliados. Factor clave para la elección del segundo rol, activo, fue la convicción al final de la guerra de que el mantenimiento de la hegemonía -“poder económico productivo”- exigía que la economía de EE.UU. siguiera exportando su exceso de producción para mantener el ritmo marcado durante la guerra. Para lograrlo se vislumbraban dos vías: las exportaciones a los países devastados por la guerra y las destinadas a los nuevos territorios poscoloniales que se situaban ahora, tardíamente, en la línea de salida del desarrollo industrial. Si la primera vía queda reflejada en términos de poder blando o cultural, la continuidad entre el rol de “amigo americano” asumido durante la guerra y la bienvenida a Mr. Marshall, la segunda vía se caracteriza por el activo rol anticolonialista de los EE.UU., que en los primeros momentos de la era poscolonial tiene su plasmación en conflictos como el de Suez, en los que se percibe el declive de las antiguas metrópolis en detrimento de las dos nuevas superpotencias, ambas, al menos por propia naturaleza y principios, anticoloniales<sup>93</sup>.

Cabían cuando menos dos opciones para el ejercicio activo de esa hegemonía. Como señala Cox (213-214), aquí se produce el choque entre dos preferencias políticas o de relación entre política y economía. Por un lado, quienes –podemos hablar de *internacionalismo liberal*- pretenden una apertura total, una vuelta a liberalismo puro (el del siglo XIX), a la mano invisible del mercado, acabando con las reglas, barreras, controles, etc. impuestas por Roosevelt (FDR) durante la Gran Depresión y la guerra. En opinión de Cox esta corriente internacionalista liberal se encuentra liderada en EE.UU. por Wall Street y el Departamento de Estado y por la *City* en el Reino Unido. Por otro lado -podemos hablar de *capitalismo de Estado*-, quienes precisamente a la luz de la experiencia de FDR durante la Gran Depresión y la Guerra creen en un papel mayor del Estado, de las políticas públicas necesarias y “conscientes” para “alcanzar los objetivos sociales”, en particular “altos niveles de empleo” y “seguridad social”(Cox, 1987: 213). Esta corriente estatista estaría liderada en EE.UU. por el Tesoro –“el

---

<sup>93</sup> La evolución de la *realpolitik* ya será otra cosa.

legado del *New Deal*”- y en el Reino Unido por el Partido Laborista y los sindicatos, si bien gozaría también del apoyo de sectores transversales –a izquierda y derecha-, a favor de las ventajas de mantener una fuerte “autonomía nacional en materia económica<sup>94</sup>”.

Para el negociador británico de la Paz, Lord Keynes, ambas preferencias, facilitar la apertura liberal y mantener la autonomía nacional, podían conciliarse a través de “un esquema que sería internacionalmente expansionista pero que al mismo tiempo preservaría un papel director para el Estado en la economía”. Esta visión fracasó –a pesar del apoyo del Tesoro- cuando el Congreso y parte del ejecutivo se opusieron a asumir compromisos financieros si ello no implicaba asumir también su pleno control<sup>95</sup> (Cox, 1987: 213).<sup>96</sup>

c) Los instrumentos de la hegemonía: las cuestiones financieras

- Política expansiva. Plan Marshall y gasto militar

El primer instrumento de la hegemonía de EE.UU. tras la guerra es el de su política de expansión económica, vinculada, a su vez, a dos elementos principales: el gasto militar y el llamado Plan Marshall. Este último fue el instrumento principal para modelar el nuevo orden mundial al gusto de los EE.UU., en la medida en que, gestionado a través de una organización multilateral de cooperación, la OECE<sup>97</sup>, trataba de que los países europeos entrasen en sintonía con el nuevo orden económico mundial abierto al libre comercio y “coherente con la política de EE.UU.”<sup>98</sup>. Se trataba de un espacio

---

<sup>94</sup> Nótese la vinculación entre autonomía nacional e intervención del Estado, dicotomía problemática a la que nos referiremos en la tercera parte. Para algunos autores, como el propio Cox o Carr, en realidad EE.UU. no fue un país verdaderamente autónomo –es decir, capaz de articular el Gobierno de la economía- hasta, precisamente, la Gran Depresión.

<sup>95</sup> Lo que, sin querer forzar los paralelismos, recuerda a alguna situación más cercana en el tiempo y en la distancia a la que nos referiremos en la parte III, capítulo IV, al analizar las sentencias del TCFA sobre cargas financieras y principio democrático.

<sup>96</sup> Se producirá la victoria de los primeros sobre los segundos. El diseño de las instituciones financieras internacionales, en particular las condicionalidades de política económica interna aplicadas por el FMI, es un ejemplo de esta victoria del internacionalismo liberal sobre el capitalismo de Estado, si bien no se plasmó hasta unos años más tarde, como rasgo de la segunda etapa del período a la que nos referiremos después.

<sup>97</sup> Que como sabemos también incluía desde el principio a otros como Canadá o Japón y más tarde como Corea del Sur o México.

<sup>98</sup> Para Cox (1987: 216) el Plan Marshall trajo una orientación de centro derecha a la política europea occidental de los años 50 y 60 que sentó las bases del Estado liberal (neoliberal). Téngase en cuenta la

económico mundial –fuera del espacio URSS- en el que la acumulación de capital trascendería literalmente fronteras mediante la eliminación de la discriminación en las relaciones internacionales y la libre circulación. Junto con el Plan Marshall, eminentemente europeo, el gasto militar de EE.UU. (sobre todo en Asia) favoreció la expansión de las empresas americanas (Cox, 1987: 216).

Como veremos después, esta política expansiva instrumentada a través, principalmente, del Plan Marshall y del gasto militar acabó por ocasionar un déficit de balanza de pagos. El mundo se llenó de dólares, con las subsiguientes presiones inflacionistas; la deuda americana pasó a ser “mundial”, es decir, a estar primordialmente en manos no americanas y el sistema, que se apoyaba en la confianza en la convertibilidad del dólar en oro gracias a las reservas de este metal en poder de los EE.UU., acabó por romper el vínculo entre el dólar y el oro, dejando paso a uno de tipos fluctuantes (1971).

#### - El marco institucional económico internacional

El segundo pilar o instrumento de la hegemonía de EE.UU.<sup>99</sup> es precisamente la institucionalización de un marco internacional o nuevo orden de la economía internacional que sintonizaba perfectamente con las líneas básicas de esta política de expansión económica y que centraba la importancia en el hecho financiero y su creciente autonomía y carácter dominante frente a la producción y el comercio. Sabemos que este marco institucional de Bretton Woods -parte esencial del orden político, aunque se trate de instituciones esencialmente financieras y, en principio, comerciales-, comienza a funcionar en los años cincuenta y da muestras de falta de operatividad en los años setenta. Puede concretarse a su vez en los dos pilares del sistema financiero global: el monetario y el crediticio.

---

creación en este momento de la CEE, a cuyo sentido político y económico nos referimos en la parte III (capítulo IV).

<sup>99</sup> Si siguiéramos la ya clásica división del poder de Nye diferenciaríamos entre poder duro (el estrictamente militar, pero también el financiero del que tanto el Plan Marshall como el gasto militar serían buenos ejemplos), poder estructural (este marco institucional para las finanzas internacionales) y poder blando (el cultural, expandido de formas diversas y a menudo sutiles, difusoras de toda una cosmovisión; muy en especial a través de la difusión de sus productos comerciales, que marcan hábitos de consumo, y más en particular aún de toda una incipiente industria cultural y de ocio de la que el cine o la música son puntas de lanza).

*La cuestión del crédito.* Tras la Segunda Guerra Mundial buena parte de los problemas de crédito provienen de la necesidad de reconstrucción. Se crea el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), pero resulta insuficiente, así que, tal y como hemos visto, EE.UU. utilizará el Plan Marshall para financiar el desarrollo y reconstrucción de la posguerra, facilitando principalmente los gastos europeos en defensa y compra de bienes. Como O'Brien y Williams (2007: 210) señalan, la importancia de la amenaza de expansión del comunismo (Checoslovaquia 1948) aparece como la causa última de que el Congreso de EE.UU. accediera finalmente a prestar asistencia financiera a Europa bajo condicionalidades políticas y económicas, fundamentalmente la liberalización de sus economías y la adhesión al libre comercio. Como indicábamos antes, la organización creada para su gestión fue la OECE (cooperación antecedente a las Comunidades Europeas y posteriormente reconvertida en la OCDE). A ello hay que añadir el papel del FMI como institución de Bretton Woods diseñada para proveer de financiación de último de recurso, reforzando además a la otra fuente de liquidez, ordinaria, los mercados privados.

*Sistema monetario.* Después de la Primera Guerra Mundial se fracasó en la búsqueda de la estabilidad monetaria, tanto con el intento de fijar las monedas al oro, como con la devaluación competitiva entre las distintas monedas que siguió a la caída del patrón oro. La solución después de Bretton Woods fue un sistema estable, pero con ciertas posibilidades de ajuste: fue el sistema de cambio-oro. Tras “forcejeos” entre EE.UU. y el Reino Unido, se impusieron los primeros y un sistema en el que se estableció un tipo de cambio fijo del dólar al oro y un sistema de cambio flotante de las otras monedas al dólar –en vez de al oro- con posibilidades de ajuste ocasional del tipo de cambio (en caso de cambios en la productividad en relación con el valor de sus monedas, por ejemplo).

Además, como veíamos, se crearon instituciones de refuerzo: en particular el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI), como prestamista internacional de último recurso, para ayudar al funcionamiento del sistema monetario, asistiendo a países que tuvieran problemas temporales de balanza de pagos o de caja.

...

En resumen de todo lo anterior, en el nuevo orden de posguerra se dibuja una variante de capitalismo, liberalismo integrado (o *embedded liberalism*), que da un lugar a un

Estado y una política económica, característicos del nuevo liberalismo de posguerra, un liberalismo distinto del siglo XIX a pesar del triunfo de los internacionalistas liberales, en la medida en que encontraba, en cierto modo, sus antecedentes en el Estado de bienestar bismarckiano y en las ideas económicas de Keynes. Es cierto que el orden del nuevo liberalismo de posguerra bascula alrededor de un principio bien diferente al proteccionismo del orden anterior a la guerra; se trata “ahora de facilitar la apertura económica”, si bien sin perder de vista los objetivos internos relacionados fundamentalmente con el empleo y la política fiscal. A ello habría que sumarle, según Cox (1987: 220), tres elementos adicionales en los que el Estado resulta clave y en los que también se encuentra una fuerte influencia keynesiana: (1) el Estado aparece como un actor económico activo en la acumulación (subvenciones, subsidios, etc.); (2) asume la responsabilidad sobre grupos vulnerables; y, (3) media entre oligopolios y grupos domésticos, incorporando el diálogo social e importantes matices al neoliberalismo.

Para comprender bien la evolución de este orden –la segunda parte del período– conviene tener en cuenta el proceso de paulatina internacionalización que tiene lugar tras la Segunda Guerra Mundial. Se trata de un proceso que afecta a lo económico (la producción, lo tecnológico, lo financiero), a lo político (Estado) y a lo jurídico (regímenes internacionales, universalización y humanización del Derecho Internacional, etc.). Así para Cox (1987: 253), “la internacionalización del Estado es el proceso en el que las prácticas y políticas nacionales se han ajustado a las exigencias de la economía global de la internacionalización de la producción”.

En ese sentido, para concluir queremos hacer hincapié en los estadios de esa internacionalización del Estado que llevan a la distinción entre economía internacional y economía global. En la economía internacional la prioridad es de lo doméstico; sería, según Cox, el caso de la economía de la depresión y la guerra. En los años 40 y 50, a partir de Bretton Woods, se pasaría a una posición intermedia entre la economía internacional y las estructuras globales, en la que se mantiene el compromiso interno (bienestar) con el que se adquiere con las instituciones globales (apertura). En la última fase, que podríamos llamar de globalización, se rompe ese equilibrio en beneficio de la armonización internacional, de la obligación económica internacional, en un doble proceso de internacionalización e internalización (consenso). En este proceso destaca sobre lo político y lo económico (la producción), la importancia del sistema financiero



como medio de acumulación (que aun en su fase incipiente comprendíamos con Bagehot al describir el funcionamiento de Lombard Street a mediados del siglo XIX) (Cox, 1987: 259 y ss.). Nos acercamos a la idea de implantación de una nueva normatividad a la que nos referiremos más adelante con Sassen.

#### **1.3.4.2 Segunda parte (1970-2008).<sup>100</sup>**

La división del período más reciente de la larga historia en dos subperíodos solo es posible si se parte de la idea de que nos encontramos ante elementos de continuidad y de ruptura en proporciones similares, en la medida en que en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial se produce una progresión hacia la internacionalización de la economía y del Estado que, en un determinado momento, sufre un viraje o cambio de rumbo de cierta brusquedad.

Como señala Sassen (2007: 39-40), los elementos necesarios para la nueva era global estaban presentes en los primeros momentos de la posguerra, pero no fue hasta tres décadas después cuando efectivamente se producen las transformaciones del orden internacional y de la propia configuración interna del Estado nación. No obstante, la idea de tránsito desde la economía internacional a la economía global puede conducir a la que sería, a nuestro juicio, una errónea valoración determinista. No es posible, en nuestra opinión, remitirse a planes preconcebidos o agendas ocultas, ni tampoco a una suerte de mecánica histórica irremediable. En consecuencia, matizamos nuestras propias palabras y tal vez las de Sassen para señalar que no parece que los fundamentos del orden de posguerra hicieran necesaria la evolución que efectivamente se produjo después, sino que influyeron varios factores. Primero, obviamente, como hemos visto en las páginas precedentes, la dinámica histórica lleva implícito el choque y conciliación de intereses (la *realpolitik*) y esta nueva época no iba a ser diferente. Del mismo modo, puede constatarse en el período la existencia, o incluso especial efervescencia, de cosmovisiones diferentes que pugnaron por imponerse en el espacio de la adopción de decisiones políticas. También, por último, pueden constatarse cambios tecnológicos y

---

<sup>100</sup> Son numerosísimas las referencias de este período. Por ejemplo, véase la obra de Strange (*States and Markets* Pinter, London, 1988a; *Casino Capitalism*, Pinter, London, 1988b; *Mad Money: When Markets Outgrow Governments*, Manchester University Press, Manchester, 1998). Aunque sea un período más cercano o incluso contemporáneo, no es nuestro objeto de estudio pormenorizado, más allá de servir de contextualización para el análisis de los concretos problemas de gobierno económico europeo que planteamos después.

sociales y subsiguientes transformaciones estructurales como la que tiene lugar en la configuración del Estado nación. Lo determinante será, a nuestro juicio, una combinación de todos estos elementos, quizás con mayor preponderancia entre ellos de la relación entre las cosmovisiones en pugna dentro del mundo liberal y la gestión política concreta de algunos asuntos clave, como los propios del sistema monetario y crediticio internacional o las decisiones de política monetaria y fiscal de la superpotencia central, EE.UU.

En todo caso, para resumir la relación entre ambos subperíodos podemos hablar de una progresiva transformación de la economía que formalmente se produce a través de los Estados, que conlleva además importantes transformaciones internas del Estado nación, y que en su resultado sustantivo supone una enmienda a la totalidad al keynesianismo de la etapa anterior. Como señala Sassen,

Los elementos necesarios para el inicio de la era global ya estaban presentes entre la posguerra y la década de 1970. Sin embargo como el proyecto de ese orden mundial era regular el sistema internacional para proteger las economías nacionales de las fuerzas externas, tenía más elementos sistémicos en común con las etapas anteriores de la escala mundial que con la escala global de hoy en día, por más modernas (o incluso contemporáneas) que fueran sus capacidades. El punto de inflexión que abriría paso a la era global requería de extensas combinaciones de elementos, las cuáles se concretaron recién en la década de 1980. Por lo tanto se podría afirmar que existe una diferencia constitutiva entre el sistema inicial de la Segunda Posguerra y el sistema global de actualidad. Entre los indicadores de esta diferencia se encuentran las transformaciones internas del Estado nación que comenzaron a fines de la década de 1970 y se consolidaron en la década siguiente.<sup>101</sup> (...) No obstante las capacidades para el accionar estatal en las operaciones internacionales ya estaban presentes desde las décadas anteriores y se continuaron profundizando en este período, al igual que la tendencia a formalizarlas. (Sassen, 2007: 39-40)<sup>102</sup>

Por su parte, Brenner et al. (2014: 136-137) identifica tres diferentes etapas de implantación de las normas de la nueva economía a partir de los años setenta, sobre presupuestos nacidos en los años treinta y cuarenta como planteamientos críticos al momento keynesiano. La primera de las etapas, en los setenta, incluye experimentos específicos y territoriales de implantación de regímenes de disciplina de mercado

---

<sup>101</sup> Sassen se refiere aquí a algunas de las dinámicas a las que nos referiremos en la tercera parte de este trabajo, en particular al desplazamiento de poder hacia el ejecutivo, el judicial y el poder de lo técnico frente al parlamentario, con la subsiguiente “privatización, desregulación y mercantilización de las funciones públicas.” (Sassen, 2007: 39).

<sup>102</sup> Este análisis, podría definirse o al menos asemejarse al transnacionalista al menos en lo descriptivo. Se apoya también en Wallerstein. En todo caso Sassen habla de momento fundacional que se diferencia del anterior en tanto que si los períodos anteriores –incluido el período de Bretton Woods se dirigían a la construcción del Estado nación, el nuevo período se dirige a la “construcción de un sistema global dentro de los estados nacionales”. (Sassen, 2007: 37)

(privatización, liberalización, *workfare*<sup>103</sup>, *empresarialismo urbano*<sup>104</sup>, etc.); la segunda etapa, en los ochenta se caracteriza por su elevación a paradigma de respuesta prototípica a las diferentes crisis y situaciones que requieren una gestión política de la economía internacional; finalmente, la tercera etapa, en los noventa, puede llamarse de consolidación en tanto que al derrumbe del segundo mundo –el bloque comunista-, le acompaña como corolario del nuevo orden liberal internacional un marco global de reformas en clave de disciplina de mercado, a través de acuerdos multilaterales, multinivel o supranacionales (el denominado Consenso de Washington por la coincidencia en esa ciudad de la sede del FMI, el Banco Mundial y el propio Gobierno de los EE.UU.).

Post-war regulatory institutions such as the IMF, the World Bank, the General Agreement on Tariffs and Trade and, until de early 1970s, the Bretton Woods agreement had established a broadly keynesian framework for worldwide production and trade. While these arrangements were destabilized during the 1970s and 1980s, it was not until the 1990s that a genuinely post-Keynesian, neo-liberalized global rule-regime was consolidated.” (Brenner et al., 2014: 137)

Aunque las posibilidades de análisis serían ilimitadas, veremos para concluir cómo se produce el viraje que situamos en los años setenta a través de dos cuestiones: el giro monetario de EE.UU. (1971-1979) y la expansión del sistema financiero privado internacional.

#### a) El giro monetario: el paso de tipos de cambio fijos a fluctuantes

Como hemos señalado anteriormente, una de las preocupaciones de los negociadores del orden de posguerra era el establecimiento de un sistema monetario y crediticio sólido, frente al desorden del período de entreguerras y, en particular, frente a los dos elementos más problemáticos de dicho período: el incorrecto valor dado a algunas monedas en su relación con el oro y la ausencia de prestamista de último recurso que no solo estuviese dispuesto a actuar cuando fuese necesario (por ejemplo, ante una crisis

---

<sup>103</sup> Trabajo no remunerado, subsidiado para desempleados.

<sup>104</sup> Como señala Macleod (2002: 604):

“Guided by the axial principles of Keynesian economics and a politics of redistribution associated with postwar Fordism, the managerialist mode had been largely concerned with extending the provision of public services and decommmodified components of welfare and “collective consumption” to local city populations (Saunders 1980). In sharp contrast, and in accordance with a neoliberal syllabus, the entrepreneurial regime is essentially concerned with reviving the competitive position of urban economies, especially through the “liberation” of private enterprise and an associated demunicipalization and recommodification of social and economic life (Leitner 1990)”.

bancaria o una falta temporal de liquidez de un Estado), sino que diese confianza al conjunto del sistema por su mera existencia (como hacía, interna y externamente, el Banco de Inglaterra en el sistema de Lombard Street). Así, en el sistema en Bretton Woods resultó esencial el establecimiento de un marco monetario adecuado. El diseño final pretendía equilibrar las posibilidades de ajuste con una estabilidad de los tipos de cambio entre monedas que facilitase la confianza y la liquidez, así como, en último caso, el crecimiento económico (y, según la ortodoxia liberal, la paz internacional). Para ello se estableció un tipo fijo entre el dólar y el oro (35 dólares = 1 onza de oro), y tipos fluctuantes entre el dólar y las restantes monedas, que, a diferencia del sistema del patrón oro, no estaban fijadas en relación al oro. Este sistema daba confianza, porque aseguraba la convertibilidad de dólares en oro, y, a su vez, permitía el ajuste monetario en función de la evolución económica de cada Estado, mediante las oportunas devaluaciones. El sistema se cerraba con el apoyo del FMI en caso de problemas de la balanza de pagos (impagos de importaciones por falta de liquidez temporal).

Como recuerdan O'Brien y Williams (2007: 210), el economista Robert Triffin constató la existencia de un problema en el centro de este sistema: en la medida en que EE.UU. venía siguiendo una política expansiva, regando de dólares las economías europeas y asiáticas (Plan Marshall, gasto militar, etc.), en un momento habría más obligaciones (dólares) fuera que recursos (oro) dentro. Esta situación se produjo en 1960 y en 1971 ("Nixon shock") EE.UU. puso fin al vínculo entre el dólar y el oro (con la subsiguiente devaluación), dando lugar a un sistema internacional de tipos fluctuantes.

El sistema funcionó relativamente bien hasta que, como consecuencia de la segunda crisis del petróleo –provocada por el conflicto Irak-Irán, subsiguiente a la Revolución iraní- y ante el riesgo de una escalada de la inflación por el aumento del precio de aquel, EE.UU. reaccionó mediante dos movimientos: aumentó los tipos de interés (Volcker) y adoptó medidas de política fiscal (Reagan), en particular, la disminución de impuestos y la expansión del gasto militar. El resultado fue la recesión en EE.UU. y serios problemas a aquellos Estados deudores –especialmente en el espacio poscolonial- que, como consecuencia de la elevación de tipos, vieron incrementar fuertemente los intereses de su deuda. Esta dinámica aumentó exponencialmente su deuda, generó impagos y, en último extremo, propició la sujeción de estos Estados a programas de ajuste y condicionalidades políticas por parte del FMI como prestamista de último

recurso (liberalización, apertura al libre comercio y la entrada de inversiones, reducción del gasto público, etc.) (O'Brien/Williams, 2007: 223-224).<sup>105</sup>

#### b) Hacia la privatización del sistema financiero internacional

Una segunda cuestión que completa las profundas transformaciones del período, es el tránsito desde el paradigma de regulación y control de las finanzas internacionales que comienza a partir de la década de los treinta, hacia un paradigma de completa liberalización de los movimientos de capital y de desregulación de las actividades financieras. Aunque pueda resultar una expresión redundante, se puede definir este fenómeno como privatización del sistema financiero, pues en tanto que el sistema crediticio afecta cuando menos a la productividad y al empleo, a la hacienda pública y a las propias relaciones comerciales entre Estados, lleva a cabo funciones de interés general (más allá del privativo). El desplazamiento de las decisiones sobre su funcionamiento al ámbito privado y la preponderancia de objetivos privativos de acumulación frente a objetivos comunes como la estabilidad financiera y social pueden considerarse, aun en términos generales, como una privatización de funciones típicamente estatales.

A esta situación contribuyeron los avances en telecomunicaciones -en especial, aquellos que propician las transacciones internacionales- y el desarrollo de la innovación financiera mediante nuevos productos (como algunos derivados y algunas titulizaciones) que desequilibraban notablemente el equilibrio de la relación entre búsqueda de rendimientos del capital y asunción de riesgos. La interconexión de los mercados financieros internacionales (por ejemplo, *eurocurrency markets*) como consecuencia de la mayor facilidad de las transacciones y de la mayor libertad de movimiento de capitales y ubicación de corporaciones, así como el aumento

---

<sup>105</sup> Resaltamos al menos tres elementos del sistema monetario internacional del período: (1) la aparición de monedas regionales y en particular el euro. Ante la volatilidad de los tipos de cambio -y en particular ante las dificultades exportadoras de Alemania como consecuencia de la apreciación del Marco (DM)- se crea el Sistema Monetario Europeo -como antecedente directo de la moneda única- con una unidad de cuenta integrada por un conjunto de monedas y un sistema de fluctuación entre topes máximo y mínimo. (2) La cooperación monetaria -a través primero del G-5-, pues el episodio del "Nixon shock" había demostrado la necesidad de esta cooperación, por limitada que pudiera ser, especialmente dentro de un sistema de tipos fluctuantes. (3) La importancia actual de la relación monetaria entre EE.UU.-China, cuyo equilibrio (decisiones de apreciación-depreciación) se basa en la cooperación y en la relación entre la política monetaria y una política comercial en la que, en síntesis, EE.UU. asume bienes chinos (importaciones) y China financia el déficit estadounidense.

exponencial de los flujos financieros, unido a la mencionada externalización de típicas funciones regulatorias, consagró un panorama en el que la asunción personal de riesgos podía influir de forma devastadora tanto en el conjunto del sistema<sup>106</sup> como en sus propios operadores (por ejemplo, la crisis de Barings de 1995).

A este respecto, resulta preciso resaltar el contraste entre el orden instaurado en Bretton Woods, sus finalidades y contexto y el que se vislumbra a partir de los años 70. Bretton Woods surge como respuesta a la situación de inestabilidad permanente de los mercados financieros desde los años 30; “una solución política de estabilización del sistema económica internacional que respondía a la evidencia de la imposible autorregulación del mercado” (Cox, 1987: 298 y ss.). Esta solución política sobre las finanzas converge con los principios organizativos internos de los Estados keynesianos: gestión de coyuntura, redistribución de la renta, protección social, etc. En sentido inverso, la liberalización de los mercados financieros constituyó un programa de desmantelamiento de Bretton Woods coincidente con la crisis del Estado social. Así “el proceso de globalización financiera, aparece como la historia de las decisiones políticas liberalizadoras adoptadas por los Estados”, un proceso en el que “las finanzas internacionales escapan al sistema público, (...) en el que los mercados financieros globales determinan el funcionamiento de los sistemas económicos nacionales”, es decir, imponen sus condiciones y paulatinamente contribuyen a la “disociación entre economía productiva y financiera”<sup>107</sup> (Cox, 1987: 298 y ss.).

...

En definitiva, como resumen del orden económico internacional de este segundo período puede destacarse la difusión del poder centralizado de Bretton Woods en un poder más diluido. Para Cox (1987: 302), la expansión del sistema financiero internacional privado, no controlado por normas o Estados, es un efecto del debilitamiento de la hegemonía, en concreto, de la hegemonía del dólar, que dejó paso a la de los mercados financieros. La autoridad se debilitó. EEUU no podía ser sometido, pero tampoco crear un nuevo consenso.

---

<sup>106</sup> Un ejemplo paradigmático es el de las transacciones fraudulentas llevadas a cabo por un operador de Barings que dio lugar en 1995 a la quiebra de la entidad. El caso de algunas cajas de ahorros españolas al que nos referiremos en la tercera parte es otro ejemplo.

<sup>107</sup> Disociación de flujos comerciales y financieros.

Esta dilución o fragmentación del poder económico nos sitúa ante un mundo mucho más desordenado financieramente, lo que no solo afecta a la propia estabilidad financiera, sino que, como veremos en la tercera parte, repercute en la propia función del sistema financiero en la ordenación y eficiencia de la asignación de los recursos<sup>108</sup>. De los riesgos de esta situación dan buena cuenta las palabras de Eichengreen sobre cómo la llamada Gran Moderación fue, poco a poco, alejando de las conciencias los riesgos derivados de la inestabilidad e inercia de los mercados financieros,

The long period of economic stability, the Great Moderation, encouraged investors to take additional risk. The eighty years since the advanced economies last experienced an equally serious crisis allowed them to ignore the consequences. Time dampened awareness that financial markets are unstable. Market participants are continuously innovating, sometimes in the effort to better serve their customers but other times to evade regulations put in place in response to earlier problems. The regulatory bloodhounds are unable to keep pace with the well-fed private sector greyhounds. The result is a widening gap between actual regulation and what appears, with hindsight, as best regulatory practice. All this suggests that the longer the period of stability persists, the greater the risks. But this is not the perception while the party is underway. (Eichengreen, 2016: 379).

En las palabras de Eichengreen resuenan aquellas de Bagehot que recogíamos de las páginas de su clásico sobre el mercado monetario de Londres en el siglo XIX en torno a la delicadeza e imprevisibilidad del innovador sistema financiero,

Debemos examinar el sistema según el cual se manipulan esas grandes cantidades de dinero y asegurarnos de que es digno de confianza y conveniente (...) No podemos recurrir a la experiencia para comprobar la seguridad de nuestro sistema tal como es ahora porque sus dimensiones actuales son completamente nuevas. Evidentemente, un sistema puede ser adecuado para regular algunos millones y, sin embargo, ser completamente inadecuado cuando se trata de hacer frente a muchos millones. Y así pudiera suceder con Lombard Street tan rápido ha sido su crecimiento y tan sin precedentes su naturaleza. (Bagehot 1968: 32).

La historia no se repite, pero rima, nos dice Mark Twain.

### **A modo de conclusión.**

Para concluir, podemos señalar que el proceso paulatino de internacionalización de la producción que da lugar a la internacionalización del Estado o, mejor, a la inserción del

---

<sup>108</sup> Fuera del estricto ámbito financiero, pero como cuestión completamente imbricada con este desorden financiero, nos ocuparemos también en la tercera parte de los problemas de gobierno económico relacionados con la transformación del Estado de Bienestar en Estado de Competencia. Finalmente, lejos ya del extenso marco de problemas económicos *stricto sensu* sobre los que se desarrolla este trabajo, no podemos dejar de plantear la profunda relación existente entre el desorden financiero y las distintas amenazas actuales a la seguridad nacional e internacional.

Estado dentro de la lógica global (y viceversa), plantea problemas tanto sobre las funciones que en mayor o menor medida tenía atribuidas desde el Estado bismarkiano hasta el *embedded liberalism*, como sobre el propio sistema de gobierno representativo asentado progresivamente tras la doble revolución: el constitucionalismo democrático. Con estos rasgos generales, el problema principal del Derecho público –de gobierno– hoy es, como señala Bayón y veremos después, tratar de entender cómo afecta la transformación de la economía política global y, en particular, esa ruptura de la dicotomía nacional-internacional al constitucionalismo así definido como proyecto de racionalización del poder mediante el Derecho en el seno del Estado nación. La respuesta más avanzada en ese sentido, la integración europea, parece mostrar una compleja ambivalencia que ha aflorado durante la gestión de la crisis iniciada en 2008, ya que si, por un lado como comunidad supranacional pudiera aspirar a convertirse en una forma de autogobierno colectivo que amplíe las posibilidades de gobierno de la economía (entre otras materias) y haga posible la supervivencia del constitucionalismo, por otro, a su vez se ha articulado como proceso de acoplamiento regional europeo a la nueva normatividad global.

...

Antes de afrontar las dos cuestiones críticas a través de las cuales se vislumbra esta problemática, a las que nos referiremos en la tercera y última parte de este trabajo, es necesaria una contextualización jurídica filosófica –mediante un breve apunte sobre el constitucionalismo y los debates actuales sobre las posibilidades de supervivencia de sus fundamentos más allá del Estado nación– y un repaso del Derecho positivo europeo en materia de Gobierno económico, en especial, tras la crisis que comenzó en 2008.



## Capítulo 2. Contextualización jurídico filosófica.

El deseo de ser gobernado por mí mismo o, en todo caso, de participar en el proceso por el que ha de ser controlada mi vida, puede ser tan profundo como el deseo de un ámbito libre de acción y, quizá, históricamente, más antiguo. Pero no es el deseo de la misma cosa. En efecto, es tan diferente que ha llevado en último término al gran conflicto ideológico que domina nuestro mundo. Pues esta concepción «positiva» de la libertad —no el estar libre de algo, sino el ser libre para algo, para llevar una determinada forma prescrita de vida—, es la que los defensores de la idea de libertad «negativa» consideran como algo que, a veces, no es mejor que el disfraz engañoso en pro de una brutal tiranía.

Isaiah Berlin, *Dos conceptos de libertad*.

La tensión entre el idealismo del derecho constitucional y el materialismo de un orden jurídico, en particular de un derecho económico, que no hace sino reflejar la desigual distribución del poder social, encuentra su eco en los contrapuestos caminos que toman la consideración filosófica y la consideración empírica del derecho.

Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*.

## 2.1 Apunte sobre el constitucionalismo.

Tal vez, hablar de constitucionalismo pueda generar más confusión terminológica que claridad, habida cuenta de la diversidad de escuelas y la pluralidad de sentidos en que se utiliza ese concepto. Debemos aclarar que cuando nos refiramos a constitucionalismo lo haremos aludiendo a su doble dimensión, liberal y democrática, a una construcción histórica que pretende racionalizar el poder, *limitándolo*, pero también *constituyéndolo*. En consecuencia, cuando hablemos de constitucionalismo sin más o de constitucionalismo adjetivado como democrático<sup>109</sup> no nos referiremos al concepto de constitucionalismo fundacional o constitucionalismo liberal *stricto sensu*, que con frecuencia alude únicamente a la intención fundacional de contener o limitar el poder arbitrario mediante la formulación del *rule of law* y la garantía de derechos individuales, sino que nos referiremos a su sentido más completo o amplio, el que añade a esa intención de limitar el poder, una segunda pretensión: la de “constituir” poder, constituir un proyecto colectivo de autogobierno o emancipación<sup>110</sup>. Hecha esta aclaración *in media res*, nos detendremos brevemente en algunos elementos históricos y conceptuales que caracterizan el constitucionalismo.<sup>111</sup>

Señala Blanco Valdés (2010: 21) que “las dos bases definidoras del Estado Constitucional que nace con las revoluciones liberales [son]: la libertad de los modernos y el gobierno representativo como única forma de organizar el ejercicio del poder

---

<sup>109</sup> La adjetivación como democrático del constitucionalismo abre un debate que no podemos afrontar aquí, sobre si se trata de un adjetivo explicativo o especificativo, debate que no es obviamente lingüístico sino jurídico político en torno a la posibilidad de un constitucionalismo no democrático. Creemos que tal posibilidad existe; es más, pensamos que tal es la experiencia histórica del primer constitucionalismo, definido entre otras limitaciones por el carácter restringido o censitario del sufragio. Llevando la cuestión a tiempos históricos más cercanos recordamos, con Elías Díaz (1966: 15), que “no todo Estado de derecho es Estado democrático de derecho”.

<sup>110</sup> Téngase en cuenta que el propio proyecto europeo como comunidad de derecho no sólo pretende establecer relaciones transnacionales en torno al *rule of law* y la garantía de ciertas libertades individuales, sino que nace políticamente como proyecto de comunidad política, de gobierno o al menos de organización colectiva.

<sup>111</sup> Ya sea desde una perspectiva dominante o desde una perspectiva crítica (que normalmente asume los marcos de pensamiento que critica), se habla con frecuencia de constitucionalismo en un sentido fundacional, limitado al liberalismo inicial. Se utiliza así el término clásico *rule of law* como sinónimo de Constitucionalismo (Estado de Derecho), enfatizando los derechos y el control del poder y dejando en un segundo plano el papel que el Derecho tiene en él como “más amplio proyecto colectivo de autogobierno” (Krisch, 2012: 503). Así lo hacen, por ejemplo, algunos autores dentro de la escuela neogramsciana o coxiana (véase *New Constitutionalism and World Order*, Ed. S. Gill y A. Claire Cutler, Cambridge University Press, 2014, si bien entre las contribuciones hay puntos de vista no coincidentes sobre esta cuestión).

político en sociedades basadas en la proclamación de la soberanía nacional o popular que tienen por objeto asegurar la libertad”. Se trata de un programa constitucional que Blanco identifica con la divisa “libertad, igualdad, fraternidad” y que vendrá a realizarse a través de un proceso progresivo y desigual de transformación del proyecto liberal en proyecto democrático (Blanco Valdés, 2010: 22).

En ese lema se intuyen las dos claves del constitucionalismo. En primer lugar, la “libertad de los modernos” es la que parte del respeto a la libertad de los individuos mediante la limitación del poder. Para Blanco Valdés ésta coincide con la fórmula claramente expresada por Böckenförde: “libertad sin más” o “libertad que no está puesta al servicio de determinados objetivos o fines” (Blanco Valdés, 2010: 20-21); esta libertad sería la libertad a la que Berlin<sup>112</sup> llamo “libertad negativa” y que podríamos simplificar como la esfera de no interferencia en el ámbito de la autonomía individual. En segundo lugar, el “gobierno representativo”<sup>113</sup> abre el camino para otro tipo de libertad, que puede recibir distintas denominaciones en formulaciones no carentes de matices pero enraizadas en ideas clásicas. Así, por ejemplo: libertad positiva; autogobierno; libertad puesta al servicio de objetivos o fines; “fomento del proceso político-democrático, realización de valores, integración de la comunidad política y cosas semejantes” (Blanco Valdés, 2010: 21); integración social mediante el Derecho democrático (Habermas, 2010: 63 y ss.)<sup>114</sup>, etc.

La evolución histórica del constitucionalismo a partir del desarrollo de sus dos “bases definitorias” –y en la que el proyecto democrático es superador del puramente liberal– dará lugar, según Blanco, a cuatro procesos que a nuestro juicio lo definen de manera suficientemente precisa y equilibrada: (1) los (tres) poderes públicos se encuentran

---

<sup>112</sup> Véase I. Berlin “Two Concepts of Liberty” (1958) en Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, University Press, Oxford, 1969.

<sup>113</sup> Aquí conviene hacer algunas puntualizaciones. No pretendemos la identificación entre gobierno representativo y democrático, entre otras cosas porque la relación entre ambos términos depende de la determinación de los miembros que forman la comunidad política. El constitucionalismo liberal evoluciona en esta cuestión de lo censitario a lo universal, es decir hacia la democracia representativa. Tampoco parece suficiente conformarse con la representatividad democrática del sufragio universal, sino que resulta necesario un desarrollo más profundo de la comunidad política que sustenta la relación entre representantes y representados y que puede resumirse en la fórmula “proceso político-democrático” o más ambiguamente en la común expresión “calidad democrática”. Finalmente, no debe desdeñarse, cuando menos histórica y conceptualmente, la existencia de otras variantes democráticas distintas de las de la democracia representativa, sobre las que obviamente aquí no podemos detenernos.

<sup>114</sup> Se refiere Habermas a los problemas ante los que se encuentra la función del Derecho como medio de integración social. Véase Habermas, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Ed. Trotta, Madrid, 2010.

sometidos a la ley; (2) la ley y el Derecho emanan de la soberanía popular; (3) ésta es el resultado del ejercicio de derechos; y (4) los derechos “personales tienden a asegurar la libertad” (Blanco Valdés, 2010: 22). Estos cuatro procesos tienen lugar de forma progresiva y acompañada entre sí, pero desigual en función de las latitudes, es decir, de los Estados en que se producen. Y esta es precisamente una característica que por obvia no puede dejar de resaltarse: el constitucionalismo es un proceso de base estatal (Estado nación), una construcción histórica que cuando sale de ese ámbito sufre, pero, como veremos, no necesariamente perece.

El proceso de internacionalización de la economía y el subsiguiente del Estado que hemos visto al final de la parte anterior pone en cuestión la fractura nacional e internacional y supone también una crisis<sup>115</sup> del constitucionalismo caracterizado o definido por esos cuatro procesos. Esta crisis no se limita exclusivamente, o no tanto, al elemento puramente liberal, al sentido estricto de constitucionalismo vinculado al *rule of law* y la protección de derechos, donde puede hablarse incluso de un énfasis global en favor de su defensa (el sistema multinivel de protección del que luego hablaremos), sino al democrático, en tanto que el proceso de globalización somete a fuertes tensiones a las capacidades de autogobierno colectivas -articuladas tradicionalmente en el seno del Estado nación, de su sistema legal constitucional y de sus procedimientos legislativos, judiciales, etc., en la medida en que el Estado y sus funciones y capacidades clásicas, parecen verse desbordados por la nueva realidad. Dicho en pocas palabras, se pierde capacidad de autogobierno colectivo dentro de los límites del Estado nación y es ahí dónde surge la pregunta acerca de la posibilidad de reformulación del constitucionalismo a escala supraestatal.

Antes de entrar en nuestro objeto de estudio, los problemas de gobierno derivados de esta situación de crisis y las posibilidades de esa reformulación, es preciso apuntar algunas ideas más sobre el constitucionalismo y su historia que ayuden a aquilatarlo, aunque sea mediante una ejecución un tanto impresionista y selectiva que no pretende más que dar cuenta de un cierto mar de fondo que se observa en la historia del constitucionalismo.

---

<sup>115</sup> Habermas se ha referido a la “crisis de la juridificación democrática del poder”. Habermas, J., *La constitución de Europa*, Ed. Trotta, Madrid, 2012.

Una primera idea que siquiera esbozamos es la de la existencia de una doble tradición que emana, por un lado, de la revolución americana (EE.UU.) y, por otro, de la francesa. Como desarrolla Blanco Valdés (2010: 98 y 112), encontramos importantes diferencias entre ambas. Tal vez la más importante para nuestro trabajo sea la constatación de que la ausencia de Antiguo Régimen en EE.UU. parece conducir a una distinta percepción sobre la necesidad de controlar o garantizar la Constitución ante eventuales ataques del legislativo, ya sea contra los individuos y su libertad, ya sea contra la de los territorios. Esta sensibilidad, presente en el caso de EE.UU. (Madison, Hamilton) desde los primeros momentos, puede encontrarse entre las influencias del posterior surgimiento de un sistema de control difuso de constitucionalidad de las leyes y en su concreta dimensión territorial plantea la necesidad de conjugar democracia con distintos niveles de Gobierno. En cambio, tal planteamiento resulta más difícilmente concebible en Francia y por extensión en la Europa liberal posterior. Aunque es clásica la fórmula del artículo dieciséis de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de la Revolución Francesa según la cual “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”<sup>116</sup>, es la Asamblea la que ocupa el espacio preeminente en el centro del sistema. No obstante, aunque en el momento revolucionario el parlamento fuera precisamente el adalid de la libertad, a partir de los abusos de Termidor aparecen con mayor o menor énfasis alegatos como el de Sieyès en favor de un órgano de control constitucional que completara la virtualidad jurídica de la Constitución. Como sabemos, más allá del control judicial (Gran Bretaña), no será hasta el período de entreguerras cuando se adopten distintos modelos europeos de justicia constitucional. De esta manera y como señala Blanco, en Francia se impone “el parlamento como baluarte de la nación frente al monarca, concepción que estuvo en el origen político de la formulación de uno de los principios esenciales de la revolución: el que la ley era la expresión de la voluntad general que residía en el órgano representativo del Estado, es decir, el Parlamento” (Blanco Valdés, 2010: 99). A continuación trae a colación las claras palabras de Carré de Malberg en *La loi, expression de la volonté générale*:

El sistema representativo erigido por la Constitución partiendo del principio de la soberanía nacional se sustanciaba en definitiva en un sistema de soberanía parlamentaria. El parlamento era soberano por partida doble: lo era, en primer lugar, frente a todas las autoridades, en la medida en que configuraba, frente a ellas, al pueblo,

---

<sup>116</sup> Definición que se centra en los aspectos materiales y no formales de la Constitución. Esa será nuestra línea; no nos centraremos tanto en la existencia de un texto “constitucional”, como de unos rasgos constitucionales que hacen posible hablar de constitucionalismo.

con su poder derivado de la voluntad general; y lo era también, realmente, frente al propio cuerpo de los ciudadanos, porque como había dicho Emmanuel Sieyès, aquel no podía expresar su voluntad general más que por medio de la asamblea de diputados.

A través de esta doble tradición de evolución y síntesis desigual, se esboza a su vez una doble concepción constitucional de la libertad: frente a abusos de los poderes públicos (negativa) y a través de la ley como expresión de la voluntad general o medio de integración de las voluntades individuales.

Una segunda idea tiene que ver con la ruptura del equilibrio entre Gobierno y Parlamento que se produce, en favor de este último, en un momento de la evolución dentro del Estado liberal (Blanco Valdés, 2010: 205). Como acabamos señalar y Blanco Valdés destaca con Bagehot<sup>117</sup>, la lucha por la libertad se efectuó durante siglos contra el poder ejecutivo: primero contra los monarcas absolutos y las instituciones del antiguo régimen; luego contra los monarcas constitucionales y los gobiernos que designaban; más tarde contra los fascismos a partir de los años 20 y 30 y su ataque a los controles y contrapesos existentes (Blanco Valdés, 2010: 29). En esta tensión que dura hasta nuestros días<sup>118</sup>, los controles y contrapesos cristalizan entre los tres poderes, pero se impone el centro parlamentario (democrático) del sistema (Blanco Valdés, 2010: 206) frente al ejecutivo. En la última parte de este trabajo nos referiremos a esta cuestión planteando si no se viene produciendo un desplazamiento del centro parlamentario del sistema dentro del gobierno económico europeo, desplazamiento en favor de lo técnico y del ejecutivo que algunas transformaciones, como el rol creciente del Parlamento Europeo entre las instituciones UE, no estamos seguros de que hayan podido contener.<sup>119</sup>

Aún una tercera idea nos lleva a constatar que, tras la Primera Guerra Mundial, todas las constituciones siguen la “tendencia a la racionalización del poder que se esfuerza por encerrar el conjunto de la vida política tras la alambrada del derecho constitucional escrito” (Mirkiné citado por Blanco Valdés, 2010: 249). Puede decirse así que la

---

<sup>117</sup> Véase Bagehot, W., *The English Constitution*, Oxford University Press, 1928 (1867).

<sup>118</sup> Piénsese como ejemplo reciente, la suspensión judicial de órdenes ejecutivas del Presidente de EE.UU.

<sup>119</sup> La inercia puede haberse revertido. Sassen destaca el peso renovado de los ejecutivos (y añadiríamos, del *judicial review*), también de los poderes tecnocráticos. La cuestión es que si por un lado el ejecutivo ha ido ganado poder con respecto al legislativo como centro del gobierno representativo (véase G.Agamben, *Estado de excepción*, Pre-textos, Valencia, 2004.), por otro lado, en la vertiente de limitación del poder frente a los derechos individuales, ha ido cristalizando un régimen universal de protección (multinivel) de los derechos fundamentales.

racionalización del poder mediante el Derecho Constitucional es la sustitución de lo histórico<sup>120</sup> por lo jurídico<sup>121</sup>. En consecuencia, el constitucionalismo como proceso de racionalización del poder no puede ser nunca algo estático, sino que exige una actualización continua que acompañe norma y realidad constitucional.

## 2.2 ¿Crisis del constitucionalismo en el orden transnacional?<sup>122</sup>

A esta pregunta sobre el constitucionalismo a la vista de las transformaciones de la economía política internacional o simplemente de la sociedad internacional, nuestra hipótesis de partida pasa por centrarnos en dos problemas que pueden resultar intuitivamente sencillos de comprender, pero más complejos de desmenuzar analíticamente. El primero (1) es de qué manera afecta a las posibilidades de autogobierno la ausencia o insuficiencia de las normas que confieren poderes o distribuyen autoridad cuando determinadas funciones deben ejecutarse en el plano supranacional, como en el caso de la UEM. (2) El segundo es quién y a qué nivel define el contenido y los límites del gobierno, y, concretamente, del gobierno de la economía, en el nuevo contexto global.

Veremos que la respuesta a ambas cuestiones puede resultar, si se toma conjuntamente, un tanto paradójica. Por un lado, en cuanto al primer problema, las normas que confieren poderes son incompletas, de manera que el Gobierno de la UEM se encuentra ante limitaciones que afectan a su eficacia y que también tienen implicaciones desde el punto de vista democráticas en tanto que determinadas decisiones se toman en base a consideraciones estratégicas (*realpolitik*). Por otro lado, en cuanto al segundo problema, sí parece existir una redefinición desde lo global o transnacional del contenido de las capacidades de gobierno, limitándolas, restringiendo mediante determinados mecanismos jurídicos las posibilidades de gobierno de la economía. La suma de ambas constataciones daría como resultado una inoperatividad en las capacidades de autogobierno (el segundo elemento del constitucionalismo) en el plano nacional, sin que tal falta de capacidad quede subsanada en el plano supranacional, algo que resulta

---

<sup>120</sup> Con lo histórico se refiere al “poder” (y a la violencia). Sobre el poder, véase E.H. Carr, *La crisis de los veinte años (1919-1939)*, Catarata, Madrid, 2004 (pp. 147 y ss.).

<sup>121</sup> El proyecto europeo responde a esta misma intención.

<sup>122</sup> No es nuestro afán estudiar todos los debates actuales sobre el constitucionalismo, ni siquiera sobre los dos problemas, sino que pretendemos presentarlos a partir de algunas discusiones académicas acotadas y contrastarlos después (tercera parte) en el marco de gobierno económico de la UE.

especialmente visible, intenso y paradigmático en el caso de la UE y en particular en su dimensión económica.<sup>123</sup>

### 2.2.1 Primer problema. El debate sobre el pluralismo.

Como hemos visto al final del bloque anterior la cuestión principal del Derecho público –*ergo* de gobierno- hoy es la ruptura de la frontera entre lo nacional y lo internacional<sup>124</sup>, ruptura que hace necesario un replanteamiento de los fundamentos del constitucionalismo “clásico” de base estatal,

La transformación más patente y de mayor trascendencia que ahora mismo está experimentando nuestro derecho público es sin duda la que, difuminando en buena medida la divisoria clásica entre lo nacional y lo internacional, está ya modificando sustancialmente la idea moderna de constitución –que a duras penas puede seguir siendo concebida como norma que regula de manera suprema y omnicompreensiva el ejercicio del poder público sobre un territorio determinado- y convirtiendo en tópicos del momento las alusiones a la internacionalización del Derecho Constitucional y a la constitucionalización del Derecho Internacional (o de determinados ordenamientos supranacionales). (Bayón, 2013: 58)

Si la identificación de este problema es generalmente aceptada, no ocurre lo mismo ni con la terminología empleada, ni con las descripciones del estado de cosas, ni desde luego con las distintas propuestas o prescripciones sobre el tipo de orden jurídico que resultaría posible o deseable. Por ejemplo, Krisch<sup>125</sup> (2010) recoge varias posibilidades de evolución: la estructura dualista Derecho nacional-internacional; la gobernanza a través de redes transgubernamentales (coordinación-cooperación); el constitucionalismo global; el pluralismo<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> No queremos decir que la unidad del sistema legal sea una característica exclusiva del constitucionalismo, ya que obviamente un Estado absolutista podría ser en ese sentido unitario –y lo suele ser-, y podríamos encontrarnos ante problemas parecidos –en función de su apertura exterior- en este nuevo orden en el que la división nacional-internacional deja de tener preponderancia. Lo que sí queremos decir, en cambio, es que el constitucionalismo resulta difícilmente comprensible sin esa norma que le proporciona coherencia y restringe, al menos teóricamente, el espacio de la arbitrariedad.

<sup>124</sup> Así, entre otros términos, hay quien se refiere a un orden posnacional (Krisch, Habermas), transnacional (Sassen, Shaffer) o simplemente poswestfaliano (Del Arenal, Bayón).

<sup>125</sup> Véase Nico Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

<sup>126</sup> Esta tipología adolece al menos de dos insuficiencias comunes a la práctica totalidad de tipologías. La primera es la existencia de terrenos intermedios, puntos de tangencia y proximidad entre los cuatro tipos ideales; la segunda, la posibilidad de combinar varios de ellos en función de los ámbitos espaciales y materiales a los que nos refiramos.



Esto en cuanto a lo descriptivo. En cuanto a lo prescriptivo, las formulaciones son igualmente diversas. Como simple muestra señalamos entre quienes se decantan por el pluralismo el caso del propio Krisch, para quien existe una profunda interrelación entre los ordenamientos de los diferentes niveles, nacionales e internacionales, que hace necesarias nuevas fórmulas de comprensión del orden jurídico. Por el contrario, otros autores responden a la crisis del constitucionalismo de base estatal con la pretensión de un orden cosmopolita capaz de establecer un constitucionalismo global. Ferrajoli, por ejemplo, sugiere un “cambio de paradigma” que vendría marcado por la “desvinculación de las nociones de constitucionalismo y Estado (cuya asociación habría sido una pura contingencia histórica),” y con la culminación de “un federalismo global multinivel o constitucionalismo multinivel más allá del estado”, es decir, un “cosmopolitismo jurídico policéntrico y pluralista” (Bayón, 2013: 61). Finalmente, otros académicos, como Stone Sweet se refieren al pluralismo constitucional tratando de efectuar una síntesis entre ambos términos de la ecuación. Se trata solo de algunos ejemplos representativos de la diversidad de la disciplina, que traemos a colación para afirmar que lo que todos parecen tener en común es la existencia de un *contexto pluralista*, entendido de manera sencilla como aquel en el que coexisten varios ordenamientos interrelacionados.

Sabiendo que existe un importante elemento común –la ruptura de la división nacional-internacional y su sustitución por un orden pluralista- y un desacuerdo bastante amplio sobre cómo describir el actual estado de cosas, cómo relacionar pluralismo y constitucionalismo y qué solución prescribir, parece conveniente avanzar a partir del primero, del elemento común.<sup>127</sup> Creemos que el núcleo del problema se encuentra en la concurrencia de ordenamientos y en el tipo de relación que se establece entre ellos. Así se refiere Bayón a la cuestión, concretada en el ámbito de los derechos fundamentales como uno de los primeros campos en los que tiene lugar el debate y en cuyo régimen de protección coexisten normas nacionales e internacionales,

---

<sup>127</sup> Como señala Bayón (2013: 72):

“Hoy en día prolifera una literatura en torno a la idea de «pluralismo constitucional» –entendida por cierto de maneras bastante diferentes, a veces confusas y cuyas pretensiones no siempre queda claro si son puramente descriptivas o también normativas– que, a través de un lenguaje metafórico característico (el «paso de la pirámide a la red», la armonización de los ordenamientos a través del «diálogo entre tribunales»...), vendría en efecto a poner en tela de juicio la idea aquí adelantada de que no podemos eludir la pregunta por la distribución de la autoridad legítima para decidir sobre los derechos en la esfera pública mundial”.

El problema fundamental del constitucionalismo en la esfera global es precisamente este: el de las relaciones entre ordenamientos que se superponen o concurren sin que haya una regla suficientemente clara acerca del modo en que habría de desenvolverse la interacción entre ellos y que además sea aceptada exactamente en los mismos términos desde todos los puntos de vista concurrentes (Bayón, 2013: 71).

En consecuencia, parece conveniente centrar la cuestión en torno a la noción de *pluralismo* referido a la relación entre distintos ordenamientos aplicables, ya sea situándolo en contraposición con el constitucionalismo, ya sea en sentido contrario, planteándolo como *pluralismo constitucional*, o simplemente afirmando la multiplicidad de sentidos en los que el término se emplea. En todo caso, para Bayón (2013: 73), habida cuenta de las transformaciones del Derecho constitucional e internacional en un orden poswestfaliano -especialmente las de la UE-, este término, pluralismo, es más apto para estudiar las relaciones entre el ordenamiento internacional y el interno de lo que lo era la clásica yuxtaposición entre monismo y dualismo, que atendía principalmente a dos problemas diferentes, la existencia de ordenamientos autónomos y la eventual aplicabilidad directa del ordenamiento internacional. Antes de profundizar en él a través de las tres maneras que según Bayón (2013: 74) existen de entender la noción de pluralismo, conviene aclarar dos cuestiones: (1) la diferencia entre pluralismo judicial y pluralismo constitucional y (2) el debate sobre si puede hablarse de pluralismo constitucional o, más bien, es preciso establecer que pluralismo y constitucionalismo son los dos términos de una dicotomía.

(1) Bayón (2013: 74) aclara que la discusión sobre la relación entre ordenamientos, por ejemplo, entre el de la UE y el de los Estados miembros gira en torno al concepto de “pluralismo constitucional” introducido por MacCormick. Como señala Bayón esta discusión sobre el pluralismo constitucional –que versa sobre la relación entre ordenamientos nacionales y supranacionales-, no debe confundirse con la cuestión clásica sobre el pluralismo jurídico (Hart), en la que se discutía sobre el concepto de Derecho y los sistemas normativos que debían ser considerados como tales (Derecho). No obstante, las dos discusiones acaban centrándose en la norma de reconocimiento (es quizás eso lo que induce a la confusión que Bayón trata de evitar) como norma que en la discusión sobre pluralismo permite dirimir la relación eventualmente conflictiva entre esos ordenamientos (una pluralidad de sistemas en ausencia de jerarquía), y en la discusión sobre el pluralismo jurídico permite hablar de Derecho, como suma de normas

primarias y secundarias, de sistema jurídico en el que la norma de reconocimiento resulta esencial como criterio de validez del resto.

(2) Como segunda cuestión, recogemos un debate conocido –en buena parte terminológico- que tiene lugar entre N.Krisch (2010/2013) y A.Stone-Sweet (2012/2013)<sup>128</sup> sobre la existencia de la dicotomía pluralismo-constitucionalismo y la posibilidad de un pluralismo constitucional, con el trasfondo de la regla de reconocimiento de Hart. Aunque requiera cierta extensión debemos traerlo aquí a colación, de manera muy simplificada.

Krisch defiende el antagonismo entre ambos términos, en tanto que define el constitucionalismo a partir de la existencia de una autoridad única de decisión con jerarquía y el pluralismo como varias autoridades con pretensión de hegemonía o supremacía”. Para Krisch,

There is no single decision-maker, applying overarching conflict rules to settle the relationship of different layers of law in the global order. Instead, the different layers interact in an open context, structured in part by overlapping norms around which principled contestation, especially among courts, becomes possible. (Krisch 2013: 501)

Stone Sweet, por su parte, niega la dicotomía diciendo que el sistema es a la vez constitucional y pluralista. Constitucional porque hay una estructura (*overarching*) de derechos y un conjunto de técnicas de diálogo judicial; a la vez es pluralista porque hay varias “discretas jerarquías”, pero no hay norma de conflicto.<sup>129</sup>

Parece que la cuestión central –no sólo la terminológica- es si la expresión pluralismo constitucional es un oxímoron. Si la condición necesaria para calificar un orden de pluralista es la ausencia de norma de conflicto, parece que lo sería en la medida en que como señala Bayón no estaríamos favoreciendo la subsistencia de la racionalidad jurídica propia del constitucionalismo sino que, al contrario, nos acercaríamos

---

<sup>128</sup> Véase al respecto: Krisch, N. (2013). “Constitutionalism and Pluralism: A reply to Alec Stone Sweet”. *International Journal of Constitutional Law*, 11/2 abril, 501-505; Stone Sweet A. (2012). “A Cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe”. *Journal of Global Constitutionalism*, Vol. 1 Iss. 1, 53-90; Stone Sweet A. (2013). “The Structure of constitutional pluralism: Review of Nico Krisch, Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Post-National Law”. *International Journal of Constitutional Law*, 11/2 abril, 491-500.

<sup>129</sup> Stone Sweet se acercaría al segundo sentido de pluralismo al que nos referiremos después con Bayón definiéndolo como pluralismo constitucional. Krisch integraría el primer y el segundo sentido dentro de una definición de pluralismo caracterizada por la ausencia de norma de conflicto o jerarquía de cualquier tipo y con independencia de que se pueda establecer técnicas de diálogo.

peligrosamente a su desintegración (con independencia de las virtudes que pudiera tener el nuevo orden, por ejemplo por resultar más flexible al equilibrio de poder) y en términos más generales se estaría poniendo en aprietos la coherencia del sistema legal. Si en cambio la condición para considerar pluralista un orden jurídico fuera simplemente la ausencia de jerarquía, pensamos que el oxímoron no es tal y el concepto de pluralismo constitucional (o constitucionalismo de base pluralista) puede salvarse si, como hace Bayón, se reclama la existencia de una norma de colisión compleja que (desde el punto de vista interno de cada ordenamiento) armonice en ausencia de jerarquía, una norma basada en unos principios ciertos y predeterminados –una moralidad política que no dudáramos en calificar de democrática- y no en un mero “arreglo” producto de la *realpolitik*. Nos apuntamos, con Bayón, a esta posibilidad que en el debate típico de relaciones internacionales situaríamos en un punto medio entre el realismo (más cercano tal vez al “pluralismo radical”) y el idealismo (quizás más cercano a un constitucionalismo global fuerte).

...

Hecho este inciso sobre dos cuestiones pertinentes para nuestra explicación, pasamos a desarrollar las tres maneras que como mínimo existen, según Bayón, de entender el pluralismo en tanto que concepto que define la relación interordinamental.

a) Modos de entender el pluralismo

- Pluralismo desde el punto de vista externo

La primera podría definirse como heterárquica o como pluralismo desde el punto de vista externo. Veamos.

El modo más habitual de entenderlo es el que consiste en sostener que hay una situación de «pluralismo constitucional » cuando coexisten un conjunto de ordenamientos que por una parte son independientes o autónomos, en el sentido de que la constitución de cada uno de ellos no deriva su validez de la de alguno de los demás y por tanto no hay entre los mismos relaciones de supraordenación y subordinación, pero que al mismo tiempo son en algún sentido (no siempre especificado con la precisión deseable) interdependientes, de manera que de un modo u otro «interactúan» o «están interconectados» o «integrados », queriéndose decir con ello que, sin haber una instancia final o suprema de solución de controversias para todo el conjunto, sino tantas como ordenamientos, desde cada uno de ellos se reconoce de algún modo en su propia esfera la pretensión de autoridad de los demás (existiendo por tanto entre los mismos – se dice– una relación no jerárquica, sino «heterárquica» o de complementariedad) (Bayón, 2013: 74).

La definición plantea dos problemas: (1) qué determina la relación entre ordenamientos: una norma de colisión establecida desde el punto de vista interno de cada uno de los ordenamientos que, con independencia del contenido de la norma, mantienen siempre en su poder la competencia para establecer la competencia (Bayón, 2013: 75); y (2) si se trata de ordenamientos originarios (autónomo) o derivados (subordinado) (Bayón, 2013: 76). Siguiendo a Hart, lo más adecuado sería decir si el ordenamiento es reconocido como autónomo, ya que para “para concluir que dos normas forman parte de un mismo sistema jurídico no es suficiente con que una de ellas establezca qué requisitos harían válido el acto de producción de la otra y ésta haya sido producida efectivamente por un acto que los satisface”, sino que es preciso una “práctica de reconocimiento”<sup>130</sup>, es decir, “que los jueces del sistema [el conjunto de oficiales] reconozcan a la primera de aquellas dos normas como la razón de validez de la segunda.” (Bayón, 2013: 76).

En este primer sentido, la idea de *pluralismo desde el punto de vista externo*, sería, por así decirlo, poco pluralista; “en rigor, no habría nada que mereciese ser llamado con propiedad ‘pluralista’”. Más que de pluralismo, afirma Bayón que se trata de una “pluralidad irreductible de pretensiones de autoridad última en conflicto” y en ese sentido, desde el punto de vista externo —es decir, como expresión externa y un tanto confusa de una pluralidad de perspectivas internas—, “no hay relaciones de subordinación y supraordinación, ni nadie tiene la última palabra”, con lo que, habida cuenta de que existe interacción, al menos teóricamente el riesgo de colisión es alto, sin perjuicio de que el “choque frontal” sea infrecuente (Bayón, 2013: 79-80).<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> Este planteamiento de Hart que Bayón extrae de su trabajo crítico al concepto de unidad del derecho kelseniano, también puede verse desarrollado en *The concept of law* (1961: 116 y ss.), cuando Hart se refiere, como ejemplo, a un ordenamiento de un territorio colonial que acaba independizándose (es decir que erige un acto posterior en constituyente), pero que mantiene la mayor parte de la estructura constitucional colonial. Bayón también se refiere a este caso (2013:78).

<sup>131</sup> Tal vez un ejemplo de esta situación lo tengamos después de la defensa de una primacía prácticamente incondicionada efectuada en la Sentencia TJCE de 1970 *Internationale Handelsgesellschaft* a la que nos referiremos en la tercera parte.

- Técnicas de diálogo o pluralismo radical

Precisamente, un segundo sentido del término pluralismo –podríamos hablar de diálogo judicial<sup>132</sup>- viene dado por la existencia de una serie de prácticas o técnicas que pretenden reducir la inicial irreductibilidad de las distintas pretensiones de autoridad última en conflicto. Señala Bayón,

Si se observa cómo funciona realmente la protección multinivel de los derechos en el ámbito europeo, se constata que esa clase de conflicto irresoluble, de choque frontal entre ordenamientos, es extraordinariamente infrecuente. Y lo es porque cada una de las instancias jurisdiccionales supremas concurrentes ha ido desarrollando prácticas interpretativas que, sin renunciar en teoría a la pretensión de contar con la última palabra ni dejar de afirmar la primacía de su propio ordenamiento, buscan precisamente modos de acomodar o hacer convivir los distintos puntos de vista implicados: y no, claro está, en el sentido –difícilmente alcanzable– de asegurar siempre una interpretación totalmente coincidente, sino en el más modesto de propiciar un conjunto de interpretaciones mutuamente compatibles, lo que puede implicar que se tolere un cierto grado de diversidad en las soluciones. Hoy en día es un lugar común referirse a esas formas de autorrestricción y acomodación mutua como «diálogo entre tribunales», pero ese es un rótulo demasiado impreciso, ya que la metáfora del «diálogo puede aplicarse a prácticas muy diversas. (Bayón, 2013: 80)

En este sentido, se suele reclamar en el ámbito europeo el diálogo judicial entre los TC nacionales y el TJUE. Así, la sentencia Solange II<sup>133</sup> constituiría un ejemplo en la medida en que el TCFA se contendría y no efectuaría una revisión de contraste entre el Derecho comunitario y el alemán “en tanto” los estándares de protección fueran equivalentes. Esta “autocontención” o “autorrestricción mutua” o “diálogo entre tribunales” puede resultar un tanto imprecisa ya que existen numerosas técnicas posibles como relativización de la propia competencia para afirmarse. Bayón alude (2013: 80 y

---

<sup>132</sup> Sobre el diálogo judicial véase, por ejemplo, Díez-Hochleitner, J.: “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR nº 17 (2013).

<sup>133</sup> A ello se refiere Stone Sweet:

“The famous *Solange* saga, after all, showed how inter-jurisdictional conflict (between the GFCC and the CJEU) over contending supremacy claims could serve to construct rights-based constitutionalism in Europe, despite the fact that supremacy conflicts were never firmly resolved.” (Stone Sweet 2013: 500). Como señala Shaffer, en su crítica a *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*,

“Krisch shows how domestic and international law have become increasingly ‘blurred’ on account of developments in ‘trans- and international cooperation’, such that ‘new conceptualizations are needed’ (at 227). (...) In the book, Krisch makes a powerful normative case for pluralism (...) He shows why more extreme strategies of containment (nationalism) and global constitutionalism (cosmopolitanism) are normatively problematic. He confronts the fact that the pluralist structural alternative involves trade-offs, and concludes that, overall, it is better at stabilizing cooperation because of its incremental approach to normative settlement, and its flexibility and responsiveness to a changing world. He distrusts hard international law promulgated by centralized institutions that are holistic and unitary (based on a universal *Grundnorm*, or rule of recognition), forming part of what he calls the ‘legalization project’” (at 303). (Shaffer, 2012: 581)

ss.), entre otras, a las siguientes: (a) reivindicar la primacía o la última decisión para sí, pero aceptar decisiones de otro si el nivel de protección es equivalente (STCFA Solange II); (b) completando lo anterior, es decir supeditando la autorrestricción a que no haya ninguna colisión con la identidad constitucional (STCFA Maastricht, Lisboa); (c) no renunciar al control caso por caso, pero aceptar una presunción de igual protección que podría desvirtuarse en casos concretos; (d) supeditar la “aquiescencia” a que no haya deficiencias estructurales; (e) adoptar una posición de deferencia, como la que tendría el TEDH sobre el margen de apreciación del juez nacional, una vez garantizados ciertos límites.

Para Bayón estas técnicas son distintas de lo que

nos dibujaba lo que antes he llamado «pluralismo desde el punto de vista externo». Lo que tenemos ante nosotros no es ya una pluralidad irreductible de pretensiones incondicionales de autoridad última en conflicto: ahora, desde el punto de vista interno de cada ordenamiento se está relativizando de algún modo la autoridad propia para hacer posible su acomodación con la de los demás, y se está haciendo en términos sustancialmente distintos de la pura y simple supraordenación de unos y subordinación de otros. Y hay quien entiende que es precisamente en una situación semejante, y no en otras circunstancias, cuando procede hablar con propiedad de «pluralismo constitucional». (Bayón, 83: 2013)

La diferencia relevante con respecto al pluralismo entendido desde el punto de vista externo es que, en este segundo caso, “desde el punto de vista interno cada ordenamiento se está relativizando” para acomodar su autoridad con la de los demás. Aquí diferencia Bayón entre aquellas situaciones en las que dentro de este diálogo judicial podemos hablar de la existencia de “decisiones de principio”, es decir, de criterios claros y predeterminados, y de aquellas otras situaciones en las que la solución se aporta mediante decisiones *ad hoc*, tomadas en virtud de “consideraciones estratégicas”, es decir, basadas principalmente en elementos de *realpolitik*<sup>134</sup>,

Para fijar con precisión el sentido de esta forma de «pluralismo» hay que aclarar de inmediato una cuestión clave: si las distintas «técnicas de diálogo» para buscar la avenencia o acomodación entre ordenamientos que han sido descritas se usan en la práctica siguiendo criterios claros, precisos y suficientemente predeterminados, de manera que pueda decirse que a través de ellas se adoptan genuinas *decisiones de principio*; o sí, por el contrario, se trata de doctrinas tan imprecisas y de formulación tan vaga que no sientan en absoluto parámetros bien definidos para guiar las decisiones, de manera que en realidad estas se adoptan *ad hoc*, meramente sobre la base de *consideraciones estratégicas*<sup>135</sup>, ejerciendo sin concesiones la propia jurisdicción

---

<sup>134</sup> Si compartimos la idea de E.H. Carr (2004: 157 y ss.) de que el análisis del poder no es divisible podemos intuir que, sin perjuicio de su importancia en el ámbito de los derechos fundamentales, las consideraciones estratégicas son un factor especialmente intenso en materias vinculadas al núcleo del poder (duro, según Nye), como la financiera.

<sup>135</sup> Las cursivas son nuestras.

cuando se estima que se dan las condiciones favorables para hacerlo y adoptando en cambio la actitud deferente cuando ocurre lo contrario y se trata sobre todo de evitar el choque frontal entre jurisdicciones. Algunos piensan que lo que sucede de hecho es lo segundo. (Bayón, 2013: 83-84, sobre TEDH)

Para Bayón, esta situación no puede considerarse ideal, aunque para muchos es vista como la forma de avanzar en soluciones abiertas, dejando indefinida de forma más o menos manifiesta la decisión sobre quién tiene la autoridad última, de forma que puedan irse construyendo “puntos de acuerdo”, “soluciones que todos pudieran llegar a considerar aceptables”; bien puede ser esta, según el autor, “una descripción fidedigna [aunque no deseable] de lo que realmente está ocurriendo en el ámbito de la protección multinivel de los derechos fundamentales en Europa” (2013: 84) y, añadimos, de otros ámbitos, como especialmente el económico financiero. En consecuencia, esa clase de pluralismo, que puede definirse de “radical” o “fuerte” no es tanto un modelo como “un problema teórico y político, cuya falta de solución representa una constante amenaza al papel del derecho y de la razón jurídica”, integrándose las relaciones entre ordenamientos mediante “la política y no el derecho” (Bayón, 2013: 84).

Si las relaciones entre los sistemas se van definiendo mediante ajustes *ad hoc* guiados por consideraciones de tipo pragmático y no de una forma estructurada por razones de principio reconocibles, (...) entonces no habrá regla cierta para la solución de los conflictos (lo que obviamente comprometerá la coherencia y la seguridad jurídicas) y la decisión de qué derecho aplicar en tales casos quedará librada en último término al criterio de oportunidad del juez. (...) todo lo cual choca frontalmente con los principios más básicos que inspiran el ideal constitucionalista (Bayón, 2013: 85).

Este tipo de pluralismo no sería, según esta visión, una forma posible de constitucionalismo, sino más bien “su desintegración”.

- Pluralismo interno, interpretativo u ordenado

Un tercer sentido del término pluralismo es el que Bayón califica de interno, interpretativo, ordenado o, simplemente, *pluralismo constitucional*, porque sostiene que es el único sentido propio del término.

Bayón vuelve a situar la cuestión sobre la regla de reconocimiento hartiana, entendida como aquella que es “aceptada y practicada”, y cuya existencia y contenido es una cuestión de hecho (el propio Hart utiliza esta expresión, [1961:107]), una cuestión “prejurídica” y “como tal sólo puede responderse a la luz de criterios de moralidad



política”. Este tipo de pluralismo se basaría en la “aceptación de una regla de reconocimiento compleja, justificada por un conjunto igualmente complejo de principios de moralidad política relativos al modo en que debería estar distribuida la autoridad legítima en la esfera pública global” e implicaría la apertura del juez hacia ordenamientos concurrentes. Es decir, estaríamos ante una regla de colisión abierta, conforme a la cual en cada ocasión la solución se encontraría en uno u otro ordenamiento, pero siempre en función de un “esquema coherente de principios generales” (Bayón, 2013: 86). De esta forma, desde el punto de vista interno, todos partirían de un punto o razonamiento común,

La admisión de que la distribución de la autoridad legítima en la esfera global debe atender a una pluralidad de ingredientes: por una parte el valor del autogobierno democrático (que hoy por hoy sólo se ejerce en términos que merezcan ese nombre en el plano nacional<sup>136</sup>), pero también la admisión de que hay una forma específica de déficit democrático consistente en tomar desde una comunidad política decisiones que afectan a personas que no forman parte de ella [i.e. inmigrantes, refugiados, “tercer mundo”, poblaciones de otros Estados, deudores...] y no pueden intervenir en su adopción, o el reconocimiento del valor de bienes colectivos cuya provisión y aseguramiento no es posible sino por parte de niveles institucionales supraestatales en los que no se desarrolla el autogobierno democrático, etc. (Bayón, 2013: 86)

Concluye Bayón (2013: 87), señalando la necesidad de una “teoría normativa compleja acerca de la distribución de la autoridad legítima”, de la autoridad última de decisión. Así, la solución a la pregunta por la posibilidad de un constitucionalismo en el orden supraestatal, sería la definición de una regla de colisión compleja o armonización coherente –desde el punto de vista interno- en ausencia de jerarquía,

Si desde todas las instancias jurisdiccionales supremas de los ordenamientos concurrentes se adoptara una misma forma de pluralismo interno u ordenado, esto es, se aceptase la misma *regla de colisión compleja* (lo que implicaría que todos [desde un punto de vista interno] estarían razonando desde la misma teoría normativa de fondo acerca de la distribución de la autoridad legítima en la esfera global), se conseguiría, como desde el principio se pretendió con la idea de pluralismo constitucional, una forma de «*armonización coherente en ausencia de jerarquía*»<sup>137</sup>. Represente o no, al día de hoy, una descripción correcta de la realidad, la idea es clara y desde el punto de vista normativo resulta plausible.

En este punto es preciso hacer una aclaración<sup>138</sup>. No incidimos tanto en la discusión sobre el pluralismo y en el debate sobre la ausencia o insuficiencia de norma de colisión

---

<sup>136</sup> Creemos que también en el europeo, aunque de forma insatisfactoria o fallida a estos efectos.

<sup>137</sup> Las cursivas son nuestras.

<sup>138</sup> Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que las disquisiciones anteriores tienen lugar en relación con el componente de protección de los derechos fundamentales propio de la formulación fundacional del constitucionalismo, que tradicionalmente se ha identificado con el *rule of law* y que actualmente se identifica con la posibilidad de un marco multinivel de tutela de tales derechos

compleja por el debate intelectual implícito al replanteamiento de la soberanía que tiene lugar con el fin de la fractura nacional/internacional, sino por la limitación que esa ausencia de armonización coherente sobre la autoridad última puede acarrear a la hora de organizar las capacidades colectivas de gobierno, habida cuenta de que el ámbito nacional, típico espacio del constitucionalismo, ya no es suficiente para proveer determinados bienes colectivos. En particular, en el caso europeo, la cuestión nodal es que existen varios ordenamientos concurrentes que sí disponen de norma de conflicto última para una pluralidad de situaciones, pero que carecen de ella para materias muy relevantes y vinculadas al núcleo de la soberanía clásica –pensemos en la UEM- con las subsiguientes ineficiencias o problemas de autogobierno colectivo.

## b) Constitucionalismo multinivel

Hecha esta aclaración, para concluir la presentación de este primer problema procede detenerse en el llamado *constitucionalismo multinivel*, a fin de vislumbrar cómo la discusión sobre el pluralismo en el ámbito global y fundamentalmente en materia de protección de derechos fundamentales, puede extrapolarse al ámbito europeo de relación entre ordenamientos y en ámbitos materiales diferentes (gobierno económico). Si volvemos un momento a la pregunta inicial o cuestión central de todo este epígrafe, el debate sobre la internacionalización del constitucionalismo, Pernice y otros autores nos responden con lo que denominan “constitucionalismo multinivel”<sup>139</sup>,

Sostengo que constitucionalismo es tanto la respuesta correcta como la única posible a los desafíos actuales de la globalización, con la salvedad de que el concepto de constitución sea adaptado a las necesidades del sistema de gobernanza de múltiples capas o multinivel. (Pernice, 2014: 17)

Subraya Pernice la esencia del constitucionalismo como construcción histórica de racionalización, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, al señalar que

---

<sup>139</sup> Sobre los debates que planteamos y en concreto sobre la internacionalización del constitucionalismo véase: Bayón, J.C. (2007). “Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 24, 111-137; Bayón, J.C. (2008). “¿Democracia más allá del estado?”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 28, abril, 27-50. Especialmente abundante es la bibliografía contenida en el trabajo del mismo autor que venimos comentando en estas páginas: Bayón, J.C. (2013). “El constitucionalismo en la esfera pública global”. *AFD* (XXIX), 57-99. Véase también, Pernice, I., *La dimensión global del constitucionalismo multinivel*, en Beneyto Pérez, J.M. (dir.), *El modelo europeo: contribuciones de la integración europea a la gobernanza global*, Ed.Biblioteca Nueva, Madrid, 2014, pp. 15-52. Aunque el autor se centra, como veremos en el estudio del proyecto europeo como paradigma de constitucionalismo multinivel, partimos de sus trabajos desde el plano o dimensión global, en la medida en que creemos aportan una perspectiva más amplia para comprender los asuntos concretos del proceso europeo.

“la arrogancia del poder debe ser reemplazada por el Derecho” o, por decirlo según la no menos clara fórmula de Kumm: “no hay alternativa a la legalidad internacional” (2014: 18). En ese sentido, conecta constitución y Derecho Internacional a partir del *ius cogens* (norma sobre normas, corazón de una constitución internacional) y de la Carta de Naciones Unidas como una constitución en un cierto sentido no formal, de reminiscencias kantianas. Con Habermas, señala que se pueden “entender los Estados miembros de las Naciones Unidas, junto con sus ciudadanos, como las partes constitutivas de una sociedad mundial constituida políticamente”, de manera que sería posible reivindicar que las NN.UU. constituyen un “sistema político multinivel”, “un esbozo de la “constitución política de la sociedad mundial descentralizada como un sistema de gobernanza multinivel” (Pernice, 2014: 19).

Obviamente, si nos atenemos a la definición clásica del art. 16 de la DUDHC que antes reproducíamos, está claro que debido a la falta de un sistema de gobierno con separación de poderes y de declaración de derechos, la Carta no sería tal cosa. Desde luego, Pernice es consciente de que “la consideración de la organización internacional como un orden constitucional” iría mucho más allá de realidad actual<sup>140</sup>, lo que no impide el reconocimiento de esfuerzos por el desarrollo de un “modelo constitucional de Derecho Internacional (2014: 26) basado en el constitucionalismo democrático a escala nacional. Esta idea de “constitucionalismo global”, es lo que según Pernice (2014: 27) califica Douglas como “proyecto intercultural transnacional” y que queda vinculada con la idea de comunidad democrática de derecho, en línea con el proyecto europeo (Hallstein<sup>141</sup>). En todo caso, para Pernice, ya no es posible considerar el Derecho Internacional como un orden exclusivamente voluntario<sup>142</sup>, ni, según una concepción más propia del siglo XIX, un orden meramente de Estados, y en consecuencia es necesario reclamar que el individuo también es sujeto pleno de derechos y obligaciones de Derecho Internacional, no sólo como destinatario de protección (derechos

---

<sup>140</sup> Se refiere al libro de contribuciones, editado por St. John Macdonald R. y D.M. Johnston, *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005.

<sup>141</sup> W. Hallstein, *Der unvollendete Bundesstaat*, 1969.

<sup>142</sup> Tal vez aquí deba recordarse que la carga no debe venir por el esquema norma primaria-secundaria (Hart) obligación/sanción por incumplimiento, sino por el reconocimiento, la convicción del necesario cumplimiento (obligatorio) de ciertas reglas (*ius cogens*). No puede compartirse la perspectiva de quienes encuentran en el incumplimiento -de algunos estados fuertes como Rusia, por ejemplo- no sancionado un argumento para destruir la obligatoriedad del derecho por la vía del descrédito del reconocimiento. Es un error típico de análisis desde algunas posiciones críticas que a nuestro juicio resulta muy negativo para la cultura jurídica internacional.

fundamentales, Derecho humanitario)<sup>143</sup> o atribución de derechos, sino como sujeto político. Esta corrección del marco de pensamiento histórico sería, a nuestro juicio, una consecuencia lógica de la transformación de la sociedad internacional en la que, al superarse la dicotomía nacional-internacional, aparecen exigencias democráticas más allá del Estado.

Este cambio de paradigma es especialmente visible en el ámbito europeo; no en vano es en este espacio en el que encuentra su origen el llamado constitucionalismo multinivel,

El constitucionalismo multinivel fue originalmente desarrollado para conceptualizar una coyuntura constitucional específica de la Unión Europea y, en particular, la relación entre Derecho constitucional nacional y Derecho europeo (2014: 30).

Exponemos con Pernice algunas ideas<sup>144</sup> que son claves para la comprensión del concepto. En primer lugar, señala Pernice que “el origen de los poderes conferidos a las instituciones europeas debe ser la voluntad de los ciudadanos afectados (...) representados por sus respectivas autoridades nacionales” y ello “sin perjuicio del lenguaje usado en el tratado”, en concreto, al referirse al principio de atribución (Pernice, 2014: 31). Se entenderá que en esta formulación no sólo hay una expresión de “un principio político democrático básico ampliamente compartido” –que son los ciudadanos los que fundan la legitimidad democrática de los Estados y que en consecuencia estos últimos actúan a través de sus agentes representando a sus ciudadanos-, sino un recordatorio de que en la participación de los Estados en el proceso europeo estos no se independizan de la voluntad que les confiere legitimidad. Dicho de otra forma, que su actuación en materia europea no es una reminiscencia de la versión clásica de la soberanía (“los señores de los tratados”), sino que los representantes de los Estados funcionan como delegados de los ciudadanos que son los que legitiman finalmente dicho proceso europeo. En otras palabras, la eficacia directa del ordenamiento comunitario sólo puede justificarse si podemos trazar una continuidad entre aquellas instituciones de las que emana la norma y sus destinatarios, aunque ello sea principalmente (a nuestro juicio no únicamente) a través de sus Estados. Sigue

---

<sup>143</sup> Véase H.L.A. Hart. *The concept of law*, 1961 (cap. IX, “International Law”).

<sup>144</sup> Dos cuestiones más, conexas, a las que se refiere Pernice:

1) Esta legitimidad doble –a la que también se refiere Habermas como una de las grandes innovaciones del Derecho europeo- es también afirmación de la “doble identidad política” y el correspondiente “*status* jurídico” de los ciudadanos (2014: 30).

2) Esta relación entre Derecho UE y constituciones de los Estados miembros no excluye la interacción con otros niveles, especialmente con los regionales (2014: 32).

Pernice (2014: 32) con una cuestión que a nuestro juicio resulta reveladora, señalando que “esta comprensión de la división (multinivel) de poderes” está en línea con la manifestada por Madison (*Federalist* n° 46),

The federal and State Governments are in fact but different agents and trustees of the People, instituted with different powers, and designated for different purposes.

La constitución multinivel europea implicaría, por tanto, la imbricación de ordenamientos y normas constitucionales dentro de un proceso de internacionalización/europeización del constitucionalismo<sup>145</sup>, que encuentra en el ciudadano el referente y que, a nuestro juicio, no se erige tanto sobre la identidad de origen, como sobre la identidad de destino,

Por lo tanto, “constitucionalismo multinivel describe la “constitución” de Europa como un proceso de distribución, división y organización de poderes en diversos niveles de competencia y acción, un proceso finalmente empujado por el ciudadano mediante los procedimientos más o menos definidos por las constituciones nacionales involucradas. (Pernice, 2014: 32)

En segundo lugar, si conforme a lo anterior entendemos<sup>146</sup> la UE como un “sistema de Constitucionalismo multinivel” en tanto que está compuesto por dos sistemas jurídicos

---

<sup>145</sup> Un proceso por cierto requerido de adaptación pero a nuestro juicio menor que la que sería necesaria a escala global.

<sup>146</sup> Entre sus principales características estarían según Pernice (2014: 33-34):

- a) “La fuente de legitimidad para cada nivel de acción es la voluntad del pueblo comprometido (...) La doble –o múltiple-identidad de los ciudadanos así creada, refleja la división del poder entre dos o más niveles de gobiernos...densamente entrelazados.” Y añade que cualquier revisión de los Tratados es una revisión de las constituciones nacionales, “al menos implícita”, avalando, creemos, la tesis de la mutación constitucional (progresiva).
- b) Rechaza la jerarquía y se remite a la base funcional del conflicto.
- c) La separación de poderes horizontal se convierte también en vertical (no en el sentido territorial), es decir, se reproduce en los distintos niveles. Por otra parte, “diferentes funciones pueden ser atribuidas a diferentes niveles de acción” (i.e. legislativo UE, implementación administrativa nacional o regional), y ello “aparte de la división *ratione materiae*”.
- d) “Lo que realmente hace del efecto directo la herramienta esencial para el funcionamiento del sistema es la lealtad y el rol europeo de los tribunales nacionales”.

Finalmente, concede especial importancia al “*ius commune europeo*” al que conduciría la “dimensión horizontal del constitucionalismo multinivel”, es decir, la asunción, por un lado, estándares comunes de protección de derechos fundamentales (a partir art. 23 LFB y similares) y, por otro, de garantías de protección de las respectivas identidades nacionales.

En similar sentido, se pronuncia Pérez de Nanclares (2003: 55-56) (con Lowenstein). El contraste entre constitucionalismo entendido *stricto sensu* y constitucionalismo democrático se percibe bien en el resumen de los rasgos de naturaleza constitucional de la UE:

“Entre [las] peculiaridades de carácter constitucional [de la UE] podrían destacarse básicamente las siguientes: (1) la existencia de una legitimidad democrática y jurídica de la Unión; (2) una estructura orgánica estable cuyas instituciones desarrollan las tres funciones constitucionales básicas (legislativa, ejecutiva y judicial) y están mutuamente sometidas a diversos *checks and balances* (3), el surgimiento de un incipiente estatuto de ciudadanía de la Unión (4); o la existencia de una jurisdicción europea de carácter constitucional (5). (...) Sin olvidar el desarrollo alcanzado por los principios de efecto directo y primacía, (que) diferencian a las Comunidades Europeas y a la UE de cualquier otra organización

formalmente autónomos –con los ciudadanos como sujeto de la legitimidad de ambos-, hemos de comprender también que forman una “unidad jurídica”, “un sistema jurídico compuesto pero coherente”, en base a una norma de conflicto (funcional) y no de la jerarquía entre ordenamientos” (Pernice, 2014: 33). Y concluye Pernice,

La necesaria unidad del Derecho dentro de un sistema constitucional multinivel como el de la UE se deriva de una norma de conflicto y de procedimientos apropiados que aseguran que para cada situación jurídica o problema dado, el sistema finalmente proporciona una, y solo una solución legal vinculante (Pernice 2014: 33).

Sin embargo, para concluir, cabe plantearse si, aceptando la visión de Pernice, hablamos de un modelo terminado o si resulta un modelo incompleto o imperfecto, al menos en determinados ámbitos, concretamente en el económico financiero (definido por la UEM o por el contenido de lo que incluimos en la segunda parte). Hacia esa duda parece apuntar Balaguer (2014: 54) cuando señala que existen “desequilibrios graves” en el proceso de integración entendido como proyecto de pluralismo constitucional, desequilibrios que se originan y a la vez alimentan, tal vez, una “prevalencia excesiva de los intereses nacionales”.

Los males que hoy están aquejando a algunas democracias nacionales no derivan del pluralismo constitucional ni de la pertenencia a una estructura supranacional. No son imputables a Europa como proyecto de integración sino a un proyecto europeo en el que el pluralismo constitucional es todavía una formulación que presenta desequilibrios graves que si bien no impiden el desarrollo de cotas importantes de control del poder y garantía de los derechos, conllevan desequilibrios estructurales que debilitan el proceso democrático a nivel europeo lo que en determinadas circunstancias –como es el caso de la actual crisis económica- se traslada al nivel interno de los Estados provocando igualmente una significativa pérdida de legitimidad democrática. (Balaguer, 2014: 54)

Se intuye en estas palabras que, más allá de la pérdida de legitimidad derivada de la percepción de los procesos de decisión (europeo) y asunción de cargas (nacional), existen disfunciones en el diseño o debilidades de configuración constitucional de la UE que generan problemas de gobierno (y concretamente de gobierno económico).

En la última parte de este trabajo (capítulo IV) nos referiremos a ello. Resaltamos una vez más que no se trata sólo de un problema teórico sobre la encrucijada del constitucionalismo en un mundo poswestfaliano, sino también de un problema real, práctico, de gobierno, y en consecuencia, antes de analizarlo, veremos en la segunda

---

internacional y “recuerdan bastante a los de normatividad y supremacía jerárquica de las Constituciones formales”.

parte las grandes líneas del derecho vigente. Pero antes de todo esto debemos ocuparnos del planteamiento del segundo problema.

### **2.2.2 Segundo problema. El debate sobre los límites de gobierno.**

El segundo problema que planteamos es, tal y como señalábamos en la introducción, la existencia de una limitación de las capacidades de gobierno de la economía que procede de la instauración de lo que Sassen ha llamado nueva normatividad global transnacional. Una determinada visión ideológica que se plasma mediante una nueva delimitación del espacio entre lo público y lo privado y que se articula a través de una serie de mecanismos jurídicos que restringen las opciones de política económica.<sup>147</sup>

Se trata de un problema sobre el contenido sustantivo y límites de las normas que confieren poderes sobre el gobierno de la economía, sobre quién, cómo y a qué nivel (re)define esas normas, incluidos los eventuales límites a la propia soberanía, es decir, lo que podríamos definir como el espacio de lo indisponible o de lo ya decidido.<sup>148</sup>

Para profundizar en este segundo problema trataremos en primer lugar (a) la diferencia entre quienes califican de posnacional el nuevo orden que supera la brecha entre lo nacional y lo internacional, y quienes prefieren delimitarlo como transnacional, partiendo de la idea de que una cosa es que la división entre lo nacional y lo internacional ya no pueda mantenerse nítida y otra bien distinta que los Estados queden

---

<sup>147</sup> Es más, aunque no seguiremos aquí ese camino por falta de asidero o imposibilidad de encontrar evidencias a la hora de juzgar intencionalidades, la imbricación de ambas cuestiones vendría marcada por el hecho de que la ausencia de una norma de atribución suficiente y de regla predeterminada de colisión para determinadas materias sería la manifestación de un determinado reparto de atribuciones entre niveles y en consecuencia parte sustantiva. Conforme a esta visión, no estaríamos tanto ante una imperfección del sistema como ante un elemento ideológico en función del cual el reparto de funciones entre niveles estaría determinado en base a consideraciones estratégicas (véase Harmes, 2014, por ejemplo). A tal visión responderían formulaciones como las de Hayek o Buchanan para quien -en referencia a la integración europea-, “*reform requires the establishment of a strong but limited central authority, empowered to enforce the openness of the economy, along with other minimal state functions...the extension must be rigidly opposed*”. La ausencia de autoridad última sobre ciertas materias, funcionaría así de forma impropia como una suerte de resistencia a la tendencia a la centralización de funciones en el ámbito supranacional. Sobre estas cuestiones profundizaremos más adelante.

<sup>148</sup> Como señala Bayón, “en el Estado constitucional los Derechos Fundamentales están sustraídos a cualquier decisión”. Lo que resulta cuestionable es el hecho de que exista ya un espacio decidido. Bayón formula varias preguntas: (1) ¿Quién es la autoridad legítima que traza la frontera de lo indecidible?; (2) Una vez trazada, ¿es posible su modificación? ¿Quién y cómo tendrá ese poder de decisión?; (3) Y finalmente “establecida la esfera de lo indecidible, quién determina sus confines, ya que hay en las constituciones un alto nivel de abstracción” (Bayón, 2013: 63).

debilitados en el nuevo contexto global. (b) En segundo lugar, plantearemos la conformación, precisamente transnacional, de una *nueva normatividad* (Sassen. 2014) global que se establece a través de distintos mecanismos jurídicos que funcionan como instrumentos de limitación soberana de la capacidad de gobierno.

a) ¿Orden posnacional o transnacional? El papel del Estado

Las transformaciones recientes de la sociedad internacional han dado lugar a muy diferentes descripciones y prescripciones sobre el nuevo orden. Así, para autores<sup>149</sup> como Krisch, nos encontraríamos en un mundo *posnacional* en el que el Derecho nacional y el internacional ya no son dos reinos erigidos sobre la soberanía del Estado nación (Shaffer, 2012: 577). Otros autores introducen en esta descripción un matiz no menor en la valoración del nuevo orden como *posnacional*, para definirlo, en torno al Derecho, como *transnacional*, negando la pérdida de valencia de los Estados-nación para combinarse constituyendo distintas construcciones jurídicas. Shaffer se refiere a un orden legal transnacional en el que las normas legales se constituyen mediante arreglos entre jurisdicciones, un orden transnacional de Estados,

In which legal norms apply across borders and are conveyed through transnational legal processes. This conveyance of transnational legal norms can occur through courts, but more frequently it involves agency officials in transgovernmental networks, private economic actors, nongovernmental activists, and legal and other professionals (Shaffer, 2012: 577).

En esa misma dirección parece apuntar Sassen<sup>150</sup> cuando reivindica que “el Estado sigue siendo central, hecho a partir del cual se puede entender mejor su transformación” (Shaffer, 2012: 578). En ese sentido no estaríamos en un orden (jurídico) posnacional sino transnacional porque como señala Shaffer “es transnacional en la medida en que implica a muchos Estados y jurisdicciones, pero no es posnacional en la medida en que los Estados siguen siendo centrales en la creación, implementación y contestación del orden legal transnacional” (Shaffer, 2012: 578). Veremos con Sassen que esta cuestión es de suma importancia, no tanto –a nuestro juicio- desde la participación de los Estados

---

<sup>149</sup> Otra visión es la que puede verse en Habermas, J., *La constelación posnacional*, Paidós, Barcelona, 2000.

<sup>150</sup> No pretendemos endosar ni criticar toda la obra de Sassen; no podríamos. Tan sólo queremos recoger su análisis sobre la interrelación entre la actuación jurídica del Estado (en sus múltiples formas) y la implantación de una nueva normatividad global (así cuando Sassen se refiere al sistema global dentro del Estado nación) y abrir sentido en esa clave al proceso de integración europea. Asimismo compartimos su análisis del desplazamiento de poder que tiene lugar en el seno de los Estados-nación, al que nos referiremos dentro de las dinámicas coadyuvantes a la articulación jurídica de esa nueva normatividad global.



en la comunidad jurídica transnacional (una suerte de embrión de orden cosmopolita<sup>151</sup>), sino sobre todo en la función que los Estados tienen en la recepción o implementación en sus jurisdicciones de un “*new normative order*” (y en consecuencia en su formalización) al que se refiere Sassen:

Una de las preguntas clave que planteo es qué grado de globalidad formal existe realmente en la actualidad. Aunque este grado es muy escaso, se observa una enorme proliferación de globalidades que no están formalizadas y que, con frecuencia se encuentran instaladas en el sistema supranacional o en el sistema interestatal. (Sassen, 13: 2010).

Ese *new normative order* se articularía a través de una serie de mecanismos jurídicos de muy distinta naturaleza e intensidad legal, afectando a la diferente<sup>152</sup> configuración de los sistemas legales nacionales o si se prefiere permeando o moldeando (mutación) las constituciones nacionales. En particular, la integración europea no funcionaría en este esquema solo como integración entre sus miembros sino de sus miembros en ese *new normative order* global, a modo de catalizador o transformador<sup>153</sup>,

Se torna evidente que estamos ante un proceso más complejo caracterizado por la labor de cada vez más estados nacionales para desnacionalizar en parte sus marcos jurídicos e institucionales de modo tal que la empresa extranjera pueda operar en sus territorios como si fuera global. En efecto, los propios estados han creado de manera colectiva una red de espacios desnacionalizados que se insertan en lo más profundo de sus territorios. Por lo tanto, para dar cuenta de la globalización económica debemos comprender las particularidades de cada Estado. No podemos dar por sentado, como suele proponerse, que la globalización surte el efecto de homogeneizar los estados. La labor de crear un espacio desnacionalizado y estandarizado dentro de un Estado nación requiere que este ponga en marcha una combinación particular de leyes, reglamentos, alianzas políticas y acuerdos extraoficiales. Esas combinaciones varían de un Estado a otro. (Sassen 2010: 13-14).

Un elemento significativo de la aportación de Sassen sobre el carácter transnacional del nuevo orden es, a nuestro juicio, que la preponderancia de la acción transnacional de los Estados coincide históricamente con la puesta en práctica de la nueva normatividad a la que luego nos referiremos. Dicho de otra forma, se produce el tránsito al que aludíamos en la contextualización histórica al hablar de un primer período de posguerra en el que hablábamos de capitalismo integrado y un segundo período (a partir de los años 70) en

---

<sup>151</sup> Aunque fuera como una inercia de la globalización liberal, mediante por ejemplo los regímenes internacionales a los que nos referiremos en la última parte.

<sup>152</sup> No debe sobrevalorarse la uniformidad de la imposición desde arriba de la nueva normatividad global.

<sup>153</sup> Se observará en este punto con claridad a qué nos referimos al describir el proceso de integración europea como ambivalente, en tanto que facilita este acoplamiento (denacionalización) al mismo tiempo que pudiera contribuir no a la renacionalización, sino a la reorganización o recuperación colectiva de antiguas funciones de los Estados-nación o capacidades democráticas de gobierno.

el que nos referíamos a un nuevo liberalismo económico (o capitalismo financiero). Lo resume Sassen,

Gran parte de los trabajos existentes sobre la globalización económica consideran que esta etapa [desde Bretton Woods o desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta los años 70] representa el inicio de dicho fenómeno. Yo sostengo que no es así<sup>154</sup>. El objetivo de los acuerdos de Bretton Woods fue proteger a los estados nacionales de las fluctuaciones excesivas en un sistema internacional, mientras que el objetivo de la globalización actual es todo lo contrario: instalar sistemas y operaciones globales en el seno de los estados nacionales, sin tener en cuenta el riesgo que esto implica para las economías nacionales de esos estados. Asimismo, esta dinámica pone de manifiesto que los propios estados nacionales han tenido que participar en el proceso. En efecto, instalar operaciones y sistemas globales en ámbitos con un grado tan alto de institucionalización como los que conforman el Estado nación supone una labor muy ardua. En parte dicha labor consiste en desnacionalizar aquello que históricamente se consideraba nacional. (Sassen, 2010: 17).

Sassen se opone en consecuencia al antagonismo que se plantea habitualmente entre lo global y lo nacional. Precisamente, la ruptura de la dicotomía nacional-internacional de la que venimos hablando no pasaría tanto por tal antagonismo sino precisamente por su superación mediante un proceso de mutua realimentación,

A diferencia de la concepción predominante en la bibliografía sobre la globalización, mi interpretación no concibe a lo global y lo nacional como entidades que se excluyan mutuamente. El mercado global de capitales y los cambios en la relación entre el ciudadano y el Estado, entre otros fenómenos, ponen en evidencia que existen nuevos ordenamientos en el ensamblaje de los elementos que constituyen lo global. (Sassen, 2010: 509).

En ese sentido, la concepción transnacional hacia la que apunta Sassen es la de una “concepción de la globalización como un proceso en parte endógeno al del Estado nacional” (Sassen, 2010: 509). Ni puede perderse de vista la vigencia de la relevancia de los Estados en el nuevo orden global, ni dejar de atender a la redistribución del poder que se produce en su seno (desde el legislativo hacia el ejecutivo, el judicial y hacia las autoridades técnicas). De todo ello nos ocuparemos en la tercera parte (capítulo V) en relación con la integración europea.

(b) La nueva normatividad: el gobierno limitado

Este nuevo orden transnacional aparece una nueva normatividad global en cuya configuración y sobre todo recepción siguen resultando clave los Estados (y como veremos también la UE). Uno de los contenidos -seguramente el principal- de ese *new normative order* que se articula a través de distintos mecanismos legales de lo que

---

<sup>154</sup> Sin perjuicio de la evolución del sistema de Bretton Woods.

Sassen llama “desnacionalización” es precisamente la limitación del Gobierno o si se prefiere la fijación o reubicación de la demarcación entre lo público y lo privado,

In the multiple negotiations between national states and global economic actors we can see a new normativity derived from the operational problema of the capital market. By the end of the 1990s it had succieeded in imposing itself on important aspects of national economic policy-making. (...) In this new normative order, certain claims and criteria for policy-making emerge as legitimate. In addition, other types of claims lose legitimacy— generally privileging job growth and expenditures concerning the wellbeing of people at large are now devaluated and seen as making states “less competitive” in a normative context where states are expected to become more so. (Sassen, 2014: 117).<sup>155</sup>

Sin embargo, es importante diferenciar entre su contenido y su forma y mecanismos de implantación –a lo que nos referiremos principalmente en la tercera parte. Y es que la característica más relevante de este nuevo orden normativo de carácter global es que se articularía mediante determinados mecanismos<sup>156</sup> (y condiciones) legales en los Estados y economías nacionales (Sassen, 2014:118).

Habida cuenta de la idea de orden transnacional (frente a la de orden posnacional) a través de la actuación del Estado, creemos que puede afirmarse que por este cauce transnacional se viene imponiendo un límite, cuyo origen o configuración es global (transnacional si nos atenemos a como se ha conformado), que se impone sobre las capacidades de gobierno de carácter nacional (o europeo). Por decirlo en palabras de Sassen, se vendría constatando “la labor estatal para la creación o la legitimación de nuevos regímenes jurídicos, lo cual supone una participación necesaria del Estado, que incluye la regulación de su propia retirada” (Sassen, 2010: 340). Nos encontramos así ante la paradoja conforme a la cual de los procesos en los que participan los Estados en el nuevo orden transnacional no surgiría una última autoridad o una articulación compleja de las capacidades colectivas que sirviese para ordenar (con diferente intensidad y en materias que requieren la acción colectiva) las relaciones entre ordenamientos que se reconocen como soberanos. En cambio, sí surgiría una limitación

---

<sup>155</sup> Esa nueva normatividad puede condensarse según Sassen en la idea de una “privatización de las capacidades legislativas del Estado” que se manifiesta mediante “influencia y poder que puede ejercerse sobre cualquier Estado que se encuentre integrado en los mercados financieros” (Sassen, 2014: 117-118), es decir, casi todos.

<sup>156</sup> No se trataría tanto de un orden en el que los Estados pierden poder, cuanto de un orden en el que los procesos de globalización se producen en/desde el interior del Estado. Lo que para Sassen (2014: 121) significa entre otras cosas que el espacio nacional es un espacio para la política y la reivindicación global, algo que, añadiríamos, creemos que no debe confundirse con una reclamación de base nacionalista, sino emparentarse con las posibilidades políticas del viejo adagio que reclamaba “pensar globalmente y actuar localmente”.

de gobierno<sup>157</sup> (una especie de armonización de la limitación<sup>158</sup>) que, articulada a través de distintos mecanismos propios del orden transnacional (regímenes internacionales, *soft law*, procesos de regionalización, etc.), tiene como resultado una nueva delimitación entre lo público y lo privado (una suerte de mutación constitucional) que restringe sensiblemente las alternativas políticas disponibles.

...

Como reflexión final, si tomamos la calificación de transnacional que autores como Sassen o Shaffer utilizan para describir este nuevo orden, podemos comprender la importancia que sigue manteniendo el Estado y la soberanía estatal en el mundo actual, lo que entre otras cosas también permite afirmar la posibilidad de acción jurídico política desde el Estado (territorio). Si es el Estado quien a través de su actuación transnacional acaba limitándose mediante distintos mecanismos jurídicos –con su participación y recepción–, que contribuyen a implantar una nueva normatividad global, parece necesario analizar tales mecanismos, a modo de deslinde, y preguntarse si habida cuenta de quién, cómo y con qué alcance define los límites no estaremos, más que ante un debilitamiento de la soberanía del Estado<sup>159</sup>, ante un debilitamiento del constitucionalismo democrático.

Abundando en estas reflexiones, si quisiésemos reducir la idea del constitucionalismo a su mínima expresión esencial y originaria, fundacional, muy probablemente elegiríamos la palabra “límite”. Constitucionalismo implica necesariamente un límite al poder que se traduce en una limitación recíproca dentro del espacio de gobierno conforme al clásico esquema de división de poderes y al equilibrio mediante un sistema *checks and balances*; pero también se traduce en una limitación de actuación, es decir, del propio espacio de gobierno al establecerse un espacio de libertad individual (y territorial)

---

<sup>157</sup> A este respecto puede verse Hayek, F. *The constitution of liberty*, Routledge and Kegan Paul, London, 1963, en el que se alude a la idea de “limited government” (Harmes, 2014: 149). En el mismo sentido Weingast (1995). La limitación del autogobierno característico del constitucionalismo vendría así –con intencionalidad o no– de la insuficiencia de la norma de conflicto que permite la eficacia de la capacidad de provisión supranacional de ciertos bienes –como la protección social o la estabilidad financiera a nivel mundial o más claramente dentro de la UEM–, pero también de la limitación constitucional (previa adaptación a esta nueva normatividad global) de las posibilidades de intervención del Estado (la delimitación público-privada).

<sup>158</sup> Que debe predicarse como soberana en tanto que adoptada por los Estados como manifestación de su soberanía.

<sup>159</sup> Es decir, no ante un debilitamiento de la soberanía en su dimensión exterior, sino en su dimensión interna, vinculada al principio democrático y a las capacidades de autogobierno. Nos ocuparemos de esta cuestión al revisar la jurisprudencia del TCFA sobre la integración europea en la parte III (capítulo IV).

vedado o limitado para el soberano (y también para injerencias ilegítimas de otros sujetos).

El concepto de límite nos lleva intuitivamente al de delimitación como acción o efecto de delimitar, de establecer límites. Es esta, a nuestro juicio una operación típicamente política, sin perjuicio de que su materialización sea típicamente jurídica o incluso predominantemente jurídica. Podríamos decir que el límite es el resultado o efecto jurídico más o menos permanente de una acción –la de delimitar- que es esencialmente política.

En consecuencia, sería necesario efectuar una operación de deslinde (a eso nos referiremos en el capítulo V), un esclarecimiento de dónde se encuentran esos límites, sabiendo que pueden desplazarse o dicho de otra forma, que no forman parte del orden natural de las cosas, sino del paradigma, del orden institucional o histórico que resulta al menos teóricamente cambiante, es decir, que se encuentra sujeto a decisión política y eventual transformación.

A este segundo problema nos referiremos en el capítulo V y último.

...

En esta primera parte –*contextos*- hemos tratado de presentar en primer lugar un panorama de la larga historia económica en el que el proceso de integración europea aparecerá, en su fase última, como un proceso de regionalización o adaptación de las economías estatales a la globalización. En segundo lugar hemos revisado brevemente algunos de los principales debates sobre el pluralismo constitucional o si se prefiere sobre la internacionalización del constitucionalismo, para acabar planteando la idea de que el proyecto europeo y su gobierno económico adolece de dos grandes tipos de problemas: (1) un problema derivado de la adaptación del sistema constitucional a un ámbito supraestatal; en concreto, la necesidad de una norma de atribución de poderes que permita la toma de decisiones conforme a consideraciones de principio en asuntos requeridos de actuación supranacional, tales como la estabilidad financiera y la financiación de último recurso; y (2) un segundo problema derivados de la renegociación global del poder –la asunción de una nueva normatividad global mediante distintos mecanismos jurídicos de implementación transnacional.

Como señalábamos al principio al identificar nuestros objetivos, se trataba de contextualizar el proceso de integración europea en el largo plazo, en la larga historia internacional y financiera, a fin de mejorar la comprensión de las implicaciones jurídico constitucionales y de *realpolitik* que quedan con frecuencia marginadas en los estudios meramente positivistas, que responden a la lógica de la solución de problemas jurídicos sin atender, al menos prioritariamente, al contexto histórico y filosófico. Recordemos también que aunque ambas contextualizaciones constituyen *per se* uno de los tres objetivos<sup>160</sup> de este trabajo, también pretenden contribuir al objetivo principal o de conjunto: el análisis de los aquellos dos problemas de gobierno económico europeo en los que creemos que se encarnan la crisis del constitucionalismo como razón jurídica democrática. Ambos problemas se relacionan entre sí, aunque metodológicamente merezcan el tratamiento diferenciado que se ofrecerá en la tercera y última parte.

Antes de referirnos a ellos y aun sabiendo que puede dificultar la continuidad narrativa de este trabajo, debemos detenernos y efectuar una descripción suficientemente detallada y referenciada de los tres pilares del gobierno económico y financiero de la UE: fiscal, financiero y monetario.

---

<sup>160</sup> Junto con el repaso del marco jurídico y el desarrollo de los dos problemas centrales.

## **SEGUNDA PARTE. NORMAS.**





### Capítulo 3. El Gobierno económico y financiero en la UE: el Derecho vigente.

“El espíritu de las leyes” como lo vio Montesquieu, es el principio por el cual actúan y se ven inspiradas a actuar las personas que viven bajo un específico sistema legal. El asentimiento, el espíritu de las leyes americanas está basado en la noción de un contrato que liga recíprocamente, que establecieron primero las colonias individuales y luego la Unión. Un contrato presupone una pluralidad de por lo menos dos, y cada asociación establecida y actuante según el principio de asentimiento, basado en la promesa mutua, presupone una pluralidad que no se disuelve sino que se conforma en una unión –*e pluribus unum*-. Si los miembros individuales de la comunidad formada decidieran no conservar una restringida autonomía, si decidieran desaparecer en una completa unidad tal como la *union sacrée* de la nación francesa, todo lo que se pudiera decir acerca de la relación *moral* del ciudadano con la ley sería mera retórica.

Hannah Arendt, *Crisis de la República*, 1969.

Por lo general nuestras leyes no son conocidas, sino que constituyen un secreto del pequeño grupo aristocrático que nos gobierna. Aunque estamos convencidos de que estas antiguas leyes se cumplen con exactitud, resulta en extremo mortificante el verse regido por leyes para uno desconocidas.

Franz Kafka, *Sobre la cuestión de las leyes*, 1920.

La expresión *Gobierno económico y financiero en la UE*, o simplemente Gobierno económico, resulta de difícil delimitación. Bajo un paraguas tan amplio podrían incluirse desde la política económica en sentido general, vinculada con frecuencia al objetivo de crecimiento, hasta la política financiera y monetaria, pero también la política tributaria, la política comercial, la política laboral, la política industrial, la política de I+D+i, por no hablar de otras políticas sólo aparentemente alejadas, como la medioambiental, la educativa o, más en general, las políticas sociales. De alguna forma, en la actualidad vivimos una paradoja: la separación entre política y economía –y el pretendido carácter técnico de las decisiones económicas- viene acompañada de una omnipresencia de lo económico como probablemente no se ha visto en época anterior. Ejemplo paradigmático de ello es el proceso de integración europea, que, a pesar de su evidente sustrato político, desde los inicios es un fenómeno histórico que en todas sus facetas y ámbitos competenciales viene marcado por la economía<sup>161</sup>. Recordemos que no fue hasta fecha relativamente reciente (Maastricht) cuando la “E” de económica desapareció del Tratado de la Comunidad Europea. La pérdida de esta calificación explícita puede considerarse una pérdida simbólica vinculada a la pretensión de fortalecer el elemento político de la integración, si bien es precisamente a partir de ese momento –pensemos en el proceso hacia la UEM- cuando la omnipresencia de la economía se hace palpable, al extender el alcance económico de Unión hasta el núcleo soberano de la moneda. En consecuencia, hablar de economía e integración europea resulta en buena medida una obviedad.

Sin embargo, aunque asumimos la dificultad de tal delimitación, creemos que es posible referirse al Gobierno económico y financiero en la UE, si bien hemos querido efectuar una triple operación. En primer lugar, nótese que hablamos de Gobierno y no de mera Gobernanza, al menos de partida<sup>162</sup>. En segundo lugar, “en la UE” y no “de la UE”, pretende no limitarse a la mera institucionalidad supranacional europea, sino al entramado constitucional e institucional formado por instituciones europeas y nacionales. Separar las cuestiones relativas al gobierno de la economía que caen en el ámbito estricto de la competencia UE, sin atender al conjunto, sería muy probablemente un ejercicio artificial. A estas dos operaciones nos referiremos en los siguientes

---

<sup>161</sup> Véase, por ejemplo, el peso de los objetivos de contenido económico –que obviamente no son los únicos- en el actual artículo 3 del TUE.

<sup>162</sup> Y sin perjuicio de que podamos acabar constatando la vigencia de una mera gobernanza.

epígrafes. Por último, desde la perspectiva sustantiva efectuaremos una reducción a aquellos ámbitos que -con cierto pragmatismo y subjetividad, nacidos de la necesidad de delimitar lo que difícilmente lo es- consideramos centrales o nucleares en materia económica y financiera.<sup>163</sup> Nos referimos a los ámbitos monetario, fiscal y financiero.

Comencemos esta síntesis puramente descriptiva de lo que encontramos en el interior de ese perímetro partiendo de una rápida consideración sobre los asuntos institucionales más generales. Recordemos que, dentro de este trabajo, esta parte responde a un objetivo autónomo: aportar claridad dentro de un bosque legislativo muy difícil de desbrozar; a tal fin lo presentaremos a grandes rasgos y anotaremos las fuentes normativas a modo de catálogo<sup>164</sup> que pueda facilitar una mayor profundización. También responde esta parte a un objetivo de conjunto, ya que no creemos posible estudiar los dos problemas centrales a los que nos referiremos en la tercera parte sin realizar antes este previo repaso.

### **3.1 El entramado constitucional UE-Estados.**

Como hemos visto al repasar las discusiones sobre pluralismo y constitucionalismo supranacional, la lógica del reparto competencial entre la Unión Europea y los Estados miembros no es la tensión, propia de los Estados federales (o cuasi federales, como pueda ser el caso de España), sino más bien una aproximación multinivel dentro de una *constitución compuesta*. En ese sentido, compartimos el análisis según el cual “los distintos niveles institucionales, nacional y europeo, no pueden considerarse ni espacios separados ni confrontados, sino que actúan en una interrelación recíproca que se inserta en una estructura jurídica contextual [...] configurando lo que podríamos calificar como una ‘metaconstitucionalidad’ que opera en sentido recíproco” (De Miguel Bárcena, 2011: 62).

---

<sup>163</sup> Recordemos que frente al tradicional enfoque de estudio de la sociedad internacional que se centra más en los asuntos político-militares (la guerra como centro de las relaciones internacionales), pretendemos situar en ese centro el hecho financiero, las finanzas. Estas serían en consecuencia el núcleo del que nos servimos para delimitar el perímetro del Gobierno económico y –por eso el segundo apellido- financiero; lo financiero público –las finanzas públicas, la política monetaria y sólo tangencialmente la política tributaria- y lo financiero privado –los mercados, las finanzas privadas o, si se prefiere, el sector financiero- desde la perspectiva de su consideración como institución con relevancia social.

<sup>164</sup> Véanse los anexos I y II.

Pero, más allá de esta formulación constitucional integrada que mantenemos a lo largo del trabajo, debemos destacar algunos aspectos del diseño de la Unión Europea individualmente considerada, diseño que marca, precisamente por su naturaleza cercana a lo “constitucional”, la inercia de constelación jurídica o metaconstitucionalidad de la que hablábamos. Este diseño institucional europeo es de sobra conocido<sup>165</sup>, así que nos limitaremos a recordar sucintamente varias cuestiones muy generales a modo de síntesis. Aunque no nos detendremos en el ámbito propio de los Estados miembros<sup>166</sup>, insistimos en que su legislación y diseño institucional también forman parte de esta estructura multinivel, no sólo mediante su participación de inercia federalizante en las instituciones y órganos europeos (desde el Consejo al BCE o a las autoridades europeas de supervisión), sino a través de las decisiones legislativas, ejecutivas o judiciales<sup>167</sup> que directamente les corresponden y que tienen incidencia, de uno u otro modo, en el espacio europeo o, que, incluso sin tenerla, marcan ciertas pautas cuyo análisis comparado resulta de interés para el conjunto, por constituir o negar paradigmas<sup>168</sup> dentro de una cultura constitucional común.

En cuanto a los rasgos constitucionales, pueden resumirse, con Martín y Pérez de Nanclares, en: la existencia de legitimidad democrática de la UE; una estructura de reparto de funciones homologable a la división de poderes y funciones propia del constitucionalismo de base estatal; unos principios de interrelación de ordenamientos; una suerte de *judicial review* difuso; y, añadimos, un catálogo de derechos

---

<sup>165</sup> Para una mayor concreción, además de los correspondientes artículos del TUE y TFUE, puede acudir, entre otras, a alguna de las siguientes obras generales de referencia: Mangas Martín, A., y Liñán Noguera, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, 9ª edición, Madrid, 2016; Gutiérrez Espada, C., *La Unión Europea y su Derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2012. Weiler, J.H.H., *The Constitution of Europe. “Do the new clothes have an Emperor?” and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

<sup>166</sup> Sí trataremos algunos aspectos e inercias digamos “estatales” como parte de este entramado institucional en la tercera parte (sobre todo en el segundo de los problemas que allí estudiaremos).

<sup>167</sup> Pensemos, por ejemplo, en los jueces nacionales como jueces de Derecho UE, pero también en el legislativo cuando transpone una directiva –lo que sí afecta al conjunto/homogeneidad- o cuando utiliza sus opciones legislativas, ya sea porque una norma europea se las otorga (“opciones nacionales”), ya porque conforme al principio de subsidiariedad (y demás principios de relación) le corresponde la competencia.

<sup>168</sup> Una perspectiva comparada puede contribuir a ampliar el horizonte de posibilidades, que suele ser mucho más limitado si solo se tuviese en cuenta la perspectiva financiera europea, cuya iniciativa legislativa corresponde como sabemos a la Comisión. Así, por ejemplo, podemos pensar en los diferentes modelos de banca y tipos de entidades de crédito que operan en cada uno de los Estados miembros (Bancos como sociedades por acciones, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, banca pública local, etc.) y obtener una imagen más rica de las opciones de política financiera disponibles.

fundamentales (“constitucionalizados” mediante la inserción de la Carta en los Tratados que tuvo lugar en el Tratado de Lisboa). Señala Martín y Pérez de Nanclares que,

Entre [las] peculiaridades de carácter constitucional [de la UE] podrían destacarse básicamente las siguientes: (1) la existencia de una legitimidad democrática y jurídica de la Unión; (2) una estructura orgánica estable cuyas instituciones desarrollan las tres funciones constitucionales básicas (legislativa, ejecutiva y judicial) y están mutuamente sometidas a diversos *checks and balances* (3), el surgimiento de un incipiente estatuto de ciudadanía de la Unión (4); o la existencia de una jurisdicción europea de carácter constitucional (5). (...) Sin olvidar el desarrollo alcanzado por los principios de efecto directo y primacía, (que) diferencian a las Comunidades Europeas y a la UE de cualquier otra organización internacional (Martín y Pérez de Nanclares, 2003: 55-56).

Junto a este conjunto de rasgos de naturaleza constitucional sobre el que no podemos detenernos aquí con más detalle, destacamos dos cuestiones: la importancia del llamado equilibrio institucional y las especificidades en materia UEM.

En cuanto al *equilibrio institucional* constituye la fórmula o condensación de esa “estructura orgánica estable” a la que se refiere Martín y Pérez de Nanclares integrada por instituciones, que llevan a cabo las funciones constitucionales típicas existentes en los Estados y que se controlan y equilibran recíprocamente mediante un conjunto de pesos y contrapesos.

En segundo lugar, la *especificidad* de la UEM se vislumbra al desagregar sus áreas principales de actividad y al repasar el singular reparto de funciones institucionales.

En cuanto a las principales áreas de actividad, pueden resumirse en la práctica de una política monetaria para la zona euro con un objetivo primordial de estabilidad de precios; la coordinación de las políticas económicas y fiscales; el correcto funcionamiento del mercado interior; y, la preservación de la estabilidad financiera, en particular mediante la supervisión de las entidades financieras.

Por lo que se refiere a las funciones institucionales, se observa la imbricación de responsabilidades entre Estados e instituciones europeas características de la constitución compuesta y marcadas por el equilibrio institucional. En una vista rápida del reparto de funciones de sobra conocido, recordamos que: el Consejo Europeo aprueba las principales orientaciones de la política económica, ejerciendo junto a la Comisión la dirección o *indirizzo* político; por su parte, el Consejo ECOFIN coordina la

política económica de la UE, con el apoyo técnico del CEF y, como ocurre con carácter general, es responsable de la legislación junto con el Parlamento Europeo; el «Eurogrupo» coordina las cuestiones de interés que afectan específicamente a los Estados miembros de la zona euro<sup>169</sup>; el SEBC y el BCE establecen la política monetaria y el BCE ejerce funciones de supervisión financiera a través del Mecanismo Único de Supervisión dentro de la Unión Bancaria. Finalmente, los Estados miembros aprueban sus presupuestos y políticas dentro del marco común, cuya ejecución y resultados es supervisado por la Comisión –en una derivada de su papel de guardiana de los Tratados-, por el Parlamento Europeo (control político) y por el TJUE<sup>170</sup> y, con carácter más general, por los tribunales nacionales en tanto que jueces de Derecho de la UE (control judicial).<sup>171</sup>

### 3.2 Síntesis de aspectos económicos y financieros.<sup>172</sup>

El Título VIII del TFUE “Política económica y monetaria” comienza con un artículo, el 119 que, en su dos primeros párrafos, sintetiza bien fines y medios en el ámbito económico y financiero,

Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, la acción de los Estados miembros y de la Unión incluirá,

- a) la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia.
- b) Paralelamente, en las condiciones y según los procedimientos previstos en los Tratados, dicha acción supondrá una moneda única, el euro, la definición y la aplicación de una política monetaria y de tipos de cambio única cuyo objetivo primordial sea mantener la estabilidad de precios y, sin perjuicio de dicho objetivo, el apoyo a la política económica general de la Unión, de conformidad con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia.

---

<sup>169</sup> Véase Protocolo nº14 anejo al TFUE.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FPRO%2F14>

<sup>170</sup> Véase TCEG.

<sup>171</sup> Véase el conocido como Informe de los Cinco Presidentes: [http://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/5-presidents-report\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/5-presidents-report_es.pdf)

<sup>172</sup> El capítulo que aquí comenzamos se refiere al Derecho positivo, por lo que no se incluye ningún contenido valorativo sobre si el Derecho debiera ser otro (otros objetivos “constitucionales”, por ejemplo); cosa diferente es que se incluya algún comentario, de intención igualmente descriptiva, sobre el *Derecho que no es*, a fin de comprender mejor las implicaciones de los posibles límites, ausencias o decisiones de no regulación dentro de ese Derecho positivo que aquí presentamos.

Resaltamos tres claves dentro de este precepto: (1) se establece que la acción será de los Estados y de la Unión; (2) se incluye la adopción de una política económica basada en el mercado interior y de una política monetaria dirigida a lograr la estabilidad de precios; (3) en tercer lugar, se fija el marco en el que esta deberá adoptarse, a saber, la economía abierta y la libre competencia<sup>173</sup>. Con esta clave de bóveda en mente vamos a referirnos a tres pilares del Gobierno económico y financiero: la política monetaria, la política fiscal y la política financiera, más en particular dentro de esta última, la Unión Bancaria y las cuestiones referidas a la supervisión financiera.

### **3.2.1 La configuración de la política monetaria. Actuaciones durante la crisis. Límites.**<sup>174</sup>

En el año 2011, el Presidente del BCE Jean-Claude Trichet<sup>175</sup>, comentaba con las siguientes palabras los efectos derivados de la crisis:

Aunque los aspectos monetarios de la UEM han demostrado ser sólidos, se han puesto de manifiesto algunas debilidades de sus funciones económicas. Por ello resulta necesario reforzar la gobernanza económica en la zona del euro, incluido el régimen fiscal recogido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y los marcos nacionales de política económica. Asimismo, debemos desarrollar y aplicar un marco de supervisión riguroso y creíble.<sup>176</sup>

De estas palabras, que pretenden transmitir una idea de solidez institucional de la política monetaria que contrastaría con la debilidad de aspectos relativos a la política fiscal o la de supervisión financiera –a las que nos referiremos después-, no debe inferirse que la crisis no ha influido en las decisiones adoptadas en el seno del SEBC. Bien al contrario, ha sido la política monetaria la que, a través de una serie de

---

<sup>173</sup> Estos principios hay que entenderlos en relación con la formulación de los fines del artículo 3 del TUE en el que se menciona la “economía social de mercado altamente competitiva”. En la tercera parte de este trabajo (capítulo V) nos referiremos a esta cuestión -característica de una determinada cosmovisión política- y a si se trata de una formulación programática clara o una referencia más o menos ambigua o enunciativa.

<sup>174</sup> Sobre la historia monetaria europea previa a la UEM y en particular sobre el Sistema Monetario Europeo (SME) puede verse : Louis, J.V., *Del Sistema Monetario Europeo a la Unión Monetaria*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988; Louis, J.V., *L'Union européenne et sa monnaie*, Bruylant, Bruxelles, 2009; De Grauwe, P., *Economics of Monetary Union*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

<sup>175</sup> Téngase en cuenta la importancia de la intencionalidad y efectos de la política comunicativa de los bancos centrales y, en particular, del BCE. Sobre la fuerza de los actos de habla y en particular sobre la intención de la enunciación (actos ilocutivos) y sus efectos (actos perlocutivos), véase, John Langshaw Austin, *Cómo hacer cosas con palabras: Palabras y acciones (How to Do Things with Words)*, 1962). Barcelona: Paidós, 1971.

<sup>176</sup> Palabras introductorias a *La política monetaria del Banco Central Europeo*. BCE, 2011, Frankfurt <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/monetarypolicy2011es.pdf?2604e7ff4324294f011d0de527bb03ef>

actuaciones convencionales y no convencionales del BCE<sup>177</sup>, ha marcado la pauta de la respuesta, en la medida en que, como señala Malo de Molina (2013: 115 y ss.), la política monetaria es el instrumento más ágil, y más poderoso a corto plazo, de la política económica, aunque, como más adelante se verá, su capacidad de actuación frente a determinado tipo de perturbaciones sea siempre limitada (el conocido planteamiento de que la política monetaria “solo puede comprar tiempo”). Esa es la clave de las florentinas palabras de Trichet: la importancia de la política monetaria y su solidez no la hacen suficiente para contrarrestar otros aspectos de la política económica o, dicho de otra forma, es necesario mantener la dominancia monetaria sobre la fiscal y la financiera, pero para ello, precisamente, no será suficiente con la actuación del BCE.

Resulta preciso exponer los principales elementos de la configuración de la política monetaria en los Tratados y sus límites (o tal vez mejor, limitaciones), así como la ejecución práctica de esa política a través de las distintas actuaciones seguidas durante la crisis (en particular desde 2008). Nos referiremos en primer lugar a (1) las cuestiones generales sobre la configuración de la política monetaria en los Tratados; en segundo lugar repasaremos (2) la estrategia, marco operativo y actuaciones -convencionales y no convencionales- del BCE durante la crisis; concluiremos haciendo referencia a (3) los límites o limitaciones “constitucionales” de que adolece la configuración de la política monetaria europea.

#### a) Principios configuradores de la política monetaria

##### - Marco legal

El marco legal de la política monetaria de la UE se encuentra diseminado a lo largo de los Tratados. Además del Preámbulo<sup>178</sup>, destaca lo previsto en el artículo 3.4 del TUE,

---

<sup>177</sup> Como señala el propio BCE (2011: 11) en el documento indicado en la nota anterior (2011) en relación con la crisis:

“En los momentos de agudización de las tensiones y de la incertidumbre, el BCE utilizó sus operaciones de liquidez de manera pragmática. Además de recortar los tipos de interés oficiales hasta niveles históricamente reducidos, el Consejo de Gobierno decidió adoptar una serie de medidas no convencionales, conocidas como apoyo al crédito, para restablecer el mecanismo de transmisión de la política monetaria. Todas las medidas no convencionales son de carácter temporal y, en general, están diseñadas para retirarse automáticamente de forma gradual. Todas tienen por objeto garantizar el mantenimiento continuado de la estabilidad de precios en el medio plazo.”

<sup>178</sup> El preámbulo del TUE contempla de la siguiente manera la creación de la moneda única: “Resueltos a lograr el refuerzo y la convergencia de sus economías y a crear una unión económica y monetaria que



el artículo 3, el Título VIII y los artículos 282 a 284 (sobre el BCE) del TFUE, así como en los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE), recogidos en el protocolo anejo nº 4.

En este *corpus* normativo se establecen los que pueden identificarse como los dos elementos básicos de la configuración de la política monetaria: la *estabilidad de precios* como objetivo primordial de la política monetaria y la *independencia* del BCE (SEBC). Nos referiremos en primer lugar a ambos. Posteriormente aludiremos a la *rendición de cuentas* del BCE como contrapeso a su estatuto independiente y cerraremos este bloque con un repaso de las *funciones* del BCE, incluidas aquellas que trascienden *stricto sensu* la función de política monetaria, en especial la asunción de funciones supervisoras dentro de la Unión Bancaria.

#### - Estabilidad de precios

El artículo 3 del TUE dispone que junto al establecimiento del mercado interior y entre otras cuestiones económicas, “la Unión establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro”. Por su parte, como hemos indicado anteriormente, el art. 119 TFUE establece como objetivo primordial de la política monetaria el mantenimiento de la estabilidad de los precios.<sup>179</sup> Con similar tenor literal, el art. 127 TFUE dispone que, sin perjuicio de apoyar las políticas económicas generales de la UE a fin de contribuir a sus objetivos, “el objetivo principal del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC), será mantener la estabilidad de precios”.

Vemos que, como señala el BCE (2011: 14), “los Tratados establecen una jerarquía de objetivos (...), que deja claro que el mantenimiento de la estabilidad de precios es la

---

incluya, de conformidad con lo dispuesto en el presente Tratado y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, una moneda estable única”. Otras disposiciones que aluden expresamente a cuestiones monetarias son los arts. 48.3 y 6 del TUE y los arts. 66 y 219 (que incluye la política cambiaria) del TFUE.

<sup>179</sup> En conocido contraste con otras autoridades monetarias, como la Reserva Federal de los Estados Unidos que tendría por objetivos estabilidad de precios y empleo.

Téngase en cuenta además que, como señala Paul de Grauwe (2013a: 3), este objetivo sólo se incorpora más tarde a los bancos centrales ya que al principio estos cumplían la función de prestamistas de último recurso, inyectando liquidez al sector bancario y a los mercados de deuda pública (es decir, no sólo a los bancos sino también a los Gobiernos, en la medida en que la relación bancaria-soberana es crucial), a fin de servir para estabilizar la economía capitalista. Véase Walter Bagehot (en su versión española): *Lombard Street. El mercado monetario de Londres*, FCE, México, 1968 (1863).

contribución más importante que la política monetaria puede ofrecer para conseguir un entorno económico favorable y un elevado nivel de empleo”<sup>180</sup>. La concreción de la estabilidad de precios vino dada posteriormente por el Consejo de Gobierno del BCE, quien fijó en 1998 el objetivo en el 2% (“un incremento interanual del Índice Armonizado de Precios de Consumo (IAPC) de la zona del euro inferior al 2 % del PIB”).<sup>181</sup>

Por otra parte, el art. 219 TFUE vincula al cumplimiento de ese mismo objetivo de estabilidad de precios la política cambiaria única, que será de carácter flexible o flotante (es decir, fijada sin intervención del banco central). Como indica el propio BCE,

Se ha adoptado un régimen de tipo de cambio flexible para el euro, como es el régimen del dólar estadounidense. Por lo tanto, el tipo de cambio no constituye un instrumento de política económica independiente. Al ejecutar la política monetaria, el BCE toma en consideración el tipo de cambio en la medida en que influye en la situación económica general y en las perspectivas de estabilidad de precios.

#### - Independencia

Junto con la fijación de la estabilidad de precios como objetivo primordial y como mejor manera de preservarla, los Tratados (artículos 130 y 282.3 del TFUE) establecen un segundo principio configurador de la política monetaria: la independencia del BCE de toda injerencia política en el ejercicio de sus funciones.<sup>182</sup>

A tal fin, el art. 282.3 establece el estatuto jurídico básico del BCE señalando que (1) tendrá personalidad jurídica, (2) le corresponderá en exclusiva autorizar la emisión del euro, (3) será independiente en el ejercicio de sus competencias y en la gestión de sus

---

<sup>180</sup> Debemos matizar estas ilustrativas palabras del BCE. El establecimiento en los tratados de un objetivo primordial de estabilidad de precios es una opción política fruto de una situación determinada (véase De Grauwe 2016), igual que lo sería la de fijar otros objetivos igual o más “primordiales”, como el empleo o la estabilidad financiera. Como veremos, tal decisión tiene sus seguidores y sus detractores, pero no creemos que pueda decirse que el mero hecho de haber optado por ella es la prueba de su acierto (“deja claro que es la contribución más importante”), como si los Tratados fueran más una demostración empírica que la juridificación de decisiones políticas.

<sup>181</sup> Téngase en cuenta que la escasa precisión “constitucional” del objetivo primordial ha permitido una definición de estabilidad de precios taxativa y estrecha por parte del BCE. Quedaría a nuestro juicio, amplio margen para redefinirla sin necesidad de modificar los Tratados. No obstante, en caso de que estos fueran revisados, parece dudoso que un asunto de tal envergadura siguiese sin ser configurado más precisamente a ese nivel.

<sup>182</sup> Sobre la independencia de los bancos centrales puede verse: De Grauwe (2016: 156-160); Erias Rey, A., J.M. Sánchez Santos (1995). “Independencia de los bancos centrales y política monetaria: una síntesis”. Hacienda Pública Española, 132, 63-79; BEUKERS, T. (2013). “The new ECB and its relationship with the eurozone Member States: between central bank independence and central bank intervention”. *Common market law review*, Vol. 50, nº 6, 1579-1620.

finanzas y (4) las instituciones, órganos y organismos de la Unión y los Gobiernos de los Estados miembros respetarán esta independencia. Con mayor concreción el art. 130 TFUE dispone que,

En el ejercicio de las facultades y en el desempeño de las funciones y obligaciones que les asignan los Tratados y los Estatutos del SEBC y del BCE, ni el Banco Central Europeo, ni los bancos centrales nacionales, ni ninguno de los miembros de sus órganos rectores podrán solicitar o aceptar instrucciones de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, ni de los Gobiernos de los Estados miembros, ni de ningún otro órgano. [Por su parte,] las instituciones, órganos u organismos de la Unión, así como los Gobiernos de los Estados miembros, se comprometen a respetar este principio y a no tratar de influir en los miembros de los órganos rectores del Banco Central Europeo y de los bancos centrales nacionales en el ejercicio de sus funciones.

La completa autonomía presupuestaria, la suscripción de su capital por los bancos centrales de los Estados, la irrevocabilidad, duración y no renovación de mandatos previstas para los órganos rectores del BCE<sup>183</sup> y, sobre todo, el límite (prohibición) a la financiación monetaria, al que nos referiremos posteriormente, son otros tantos mecanismos de garantía de independencia.

- Rendición de cuentas

Como contrapeso democrático a la prohibición de injerencia de otras administraciones y Gobiernos en sus funciones se establecen determinadas obligaciones de información o rendición de cuentas<sup>184</sup>.

En primer lugar, el art. 284.3 TFUE establece que el BCE remitirá un informe anual sobre las actividades del SEBC y sobre la política monetaria del año precedente y del año en curso al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión, así como al Consejo Europeo. El Presidente del BCE presentará dicho informe al Consejo y al Parlamento Europeo, que podrá proceder a un debate general sobre esa base.

---

<sup>183</sup> Véanse arts. 11.2 y 14.2 del ESEBC.

<sup>184</sup> Apuntamos aquí, de mano de la jurisprudencia sobre asuntos monetarios que analizaremos con detalle en la tercera parte, la necesidad de que este principio de independencia se encuentre equilibrado con una debida ponderación y motivación jurídica de las decisiones de política monetaria que hagan posible su control judicial. Así por ejemplo, véase la Sentencia OMT del TCFA, en la que se enfatiza el carácter restrictivo que ha de predicarse de la interpretación judicial de sus decisiones.

Asimismo, el Presidente del BCE y los restantes miembros del Comité Ejecutivo, a petición del Parlamento Europeo o por iniciativa propia, podrán ser oídos por las comisiones competentes del Parlamento Europeo.

Por su parte el art. 15 del Estatutos del SEBC establece –además del citado informe anual de actividades- unas obligaciones adicionales de información. El BCE elaborará y publicará informes sobre las actividades del SEBC con una periodicidad al menos trimestral y cada semana se publicará un estado financiero consolidado del SEBC.<sup>185</sup>

En resumen, en cuanto a la configuración básica, la política monetaria se fundamenta en la definición de un objetivo primordial de estabilidad de precios y en el principio de independencia para el ejercicio de sus funciones del BCE y los bancos centrales nacionales respecto de Gobiernos e instituciones, independencia garantizada por una serie de mecanismos, entre los que destaca la cláusula de prohibición de financiación monetaria, y legitimada democráticamente a través de distintos instrumentos a través de los cuales se produce la rendición de cuentas sobre el ejercicio de sus funciones. Veamos para concluir cuáles son tales funciones.

#### - Funciones

En cuanto a las funciones del SEBC, las hemos dividido en tres grupos, a efectos meramente expositivos. En primer lugar, las *funciones básicas* son, según el 127 TFUE:

- definir y ejecutar la política monetaria de la Unión,
- realizar operaciones de divisas,
- poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas de los Estados miembros, sin perjuicio de la posesión y gestión de fondos de maniobra en divisas por parte de los Gobiernos de los Estados miembros,
- promover el buen funcionamiento de los sistemas de pago.

---

<sup>185</sup> Además desde 2015, como medida de transparencia de sus decisiones, se vienen publicando los resúmenes de las reuniones del Consejo de Gobierno tal y como venían haciendo otras autoridades monetarias.

A estas habría que añadir, dentro de un segundo grupo de *funciones adicionales*, el derecho exclusivo de autorizar la emisión de billetes de banco en euros en la Unión, así como funciones estadísticas y de cooperación internacional.

Por último, en tercer lugar, destacan las *funciones relacionadas con la estabilidad financiera y la supervisión*<sup>186</sup>. Como señala el propio BCE (2011: 17), “la inestabilidad financiera puede mermar la capacidad del banco central de mantener la estabilidad de precios en el medio plazo”, o, dicho de otra forma, puede perderse la dominancia monetaria en provecho de la financiera, de manera que para “promover la estabilidad financiera, los Tratados establecen mecanismos de cooperación específicos”. A tal efecto, como dispone el Art. 127.5 TFUE, “el SEBC contribuirá a la buena gestión de las políticas que lleven a cabo las autoridades competentes con respecto a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y a la estabilidad del sistema financiero”. Para ello, entre otras atribuciones, se prevé que deberá ser consultado sobre propuestas de disposiciones legales de la UE y de los Estados miembros relacionadas con su ámbito competencial (art. 25.1 ESEBC y Decisión del Consejo 98/415/CE), y que podrá asesorar a las autoridades europeas y nacionales en materia de supervisión y estabilidad financiera.

Finalmente, de mayor relevancia si cabe, el art. 127.6 prevé la asunción de tareas específicas de supervisión. Conforme a dicho precepto,

El Consejo, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo y al Banco Central Europeo, podrá encomendar al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras, con excepción de las empresas de seguros.

En este ámbito destacan dos encomiendas al BCE a las que más adelante (política financiera) dedicaremos atención: (1) la creación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS o ESRB, en sus siglas en inglés) en el seno del Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF), como autoridad macroprudencial<sup>187</sup>; y, (2) la asunción

---

<sup>186</sup> Además lleva a cabo (Eurosistema) la supervisión de las infraestructuras de mercado.

<sup>187</sup> Reglamento (UE) n° 1092/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico (DOUE núm. 331, de 15 de diciembre de 2010).

de funciones supervisoras directas en el seno de la Unión Bancaria a través del Mecanismo Único de Supervisión (MUS).<sup>188</sup>

b) Estrategia, marco operativo y actuaciones durante la crisis

- Estrategia de política monetaria<sup>189</sup>

Para alcanzar el objetivo de estabilidad de precios, el BCE cuenta con una estrategia sobre la que fundamenta sus decisiones que con carácter general suele llamarse “mecanismo de transmisión de la política monetaria” (cómo influyen las decisiones de política monetaria en la estabilidad de precios<sup>190</sup>). Esa estrategia de política monetaria del BCE (2011: 69 y ss.) consta de dos *elementos principales*:

- Una definición cuantitativa del objetivo principal, la estabilidad de precios. El Consejo de Gobierno del BCE aprobó en 1998 una definición cuantitativa según la cual “la estabilidad de precios se define como un incremento interanual del Índice Armonizado de Precios de Consumo (IAPC) de la zona del euro inferior al 2%. La estabilidad de precios ha de mantenerse en el medio plazo”. En 2003, el Consejo de Gobierno completó la definición aclarando que se propondría mantener la inflación “por debajo del 2%, pero próxima a este valor, en el medio plazo” (BCE, 2011: 69).
- Un análisis de riesgos. El Consejo de Gobierno del BCE de mayo de 2003 aprobó que las decisiones del BCE se fundamentarán en un doble análisis, económico y monetario, de los riesgos a los que está expuesta la estabilidad de los precios.<sup>191</sup>

---

<sup>188</sup> Reglamento (UE) n° 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito (DOUE núm. 287, de 29 de octubre de 2013).

<sup>189</sup> Otros bancos centrales (o el Instituto Monetario Europeo en su momento) siguen, obviamente, estrategias diferentes, como las de establecimiento de objetivos monetarios, establecimiento directo de objetivo de inflación, establecimiento de objetivos de tipo de cambio, etc. (BCE 2010: 76-77)

<sup>190</sup> Para una breve ilustración de cómo funciona el mecanismo de transmisión de la política monetaria puede verse, por ejemplo:

[http://www.bde.es/bde/es/areas/polimone/politica/Como\\_actua\\_la\\_po/Como\\_actua\\_la\\_1e660642abac82\\_1.html](http://www.bde.es/bde/es/areas/polimone/politica/Como_actua_la_po/Como_actua_la_1e660642abac82_1.html)

<sup>191</sup> BCE 2011: 75 y ss.:

“El análisis detallado de los riesgos para la estabilidad de precios se organiza a partir de dos perspectivas complementarias sobre la determinación de la evolución de los precios. La primera perspectiva, denominada «análisis económico», tiene por objeto evaluar los determinantes de corto a medio plazo del comportamiento de los precios, centrandó la atención en la actividad real y en los factores de costes que

Teniendo en cuenta ambos elementos, el BCE fija los tipos de interés a corto plazo, a fin de garantizar la estabilidad de precios en el medio plazo,

Los tipos de interés a corto plazo pueden fijarse en unos niveles que aseguren el mantenimiento de la estabilidad de precios en el medio plazo. En esta labor, el banco central está sometido permanentemente a una elevada incertidumbre en lo que respecta tanto a la naturaleza de las perturbaciones económicas que afectan a la economía como a la existencia y la intensidad de las relaciones entre las distintas variables macroeconómicas. (Esteve/Prats, 2011: 6-7)

En este punto resulta necesario hacer una *breve aclaración teórica* sobre la instrumentación de la política monetaria de los bancos centrales. Tal y como señalan Esteve y Prats<sup>192</sup> (2011: 7-8), para entender la puesta en práctica de la política monetaria es preciso tener en cuenta la separación que los bancos centrales llevan a cabo entre dos funciones: señalización (las decisiones de política monetaria) y gestión de la liquidez:

La implementación de la política monetaria en la mayoría de los bancos centrales se desarrolla a partir de dos elementos fundamentales: la *señalización* de la orientación monetaria a partir de [1] un tipo de interés, y [2] las operaciones de gestión ordinaria de la liquidez a partir del manejo del *balance* del banco central<sup>193</sup>. (Esteve/Prats, 2011: 7-8)

Los bancos centrales mantienen una separación entre las dos funciones, de forma que las operaciones de gestión de la liquidez son neutrales y de apoyo y no interfieren en la función de señalización. Cuando eso no es así y se utilizan de forma activa para “influir sobre determinados canales del mecanismo de transmisión monetaria (fundamentalmente el canal del precio de los activos)”, se dice que el banco central sigue una política de balance, en tanto que tales “operaciones suelen llevar consigo

---

determinan los precios en esos horizontes temporales. Toma en consideración el hecho de que la evolución de los precios de corto a medio plazo en el horizonte citado se ve influida, en gran medida, por la interacción entre la oferta y la demanda en los mercados de bienes, de servicios y de factores. La segunda perspectiva, conocida como «análisis monetario», se centra en un horizonte de medio a largo plazo, y aprovecha el vínculo a largo plazo existente entre el dinero y los precios. El análisis monetario sirve principalmente como medio para contrastar, desde una perspectiva de medio a largo plazo, la información de corto a medio plazo que proporciona el análisis económico.”

<sup>192</sup> Esteve, V. y Prats Albentosa, M.A. La utilización de medidas de política monetaria no convencional frente a la crisis financiera internacional. *Principios*, N°19/2011, pp. 5 a 34.

<sup>193</sup> Las cursivas son nuestras. Junto a la fijación de tipos y las operaciones de liquidez, entre los mecanismos de que dispone la política monetaria cabe aludir a la llamada *forward guidance* o estrategia de comunicación, ya sea vinculada a otras medidas como los programas de compra de activos, ya sea de manera independiente ofreciendo pautas u orientaciones a los mercados sobre las decisiones futuras del BCE y el tempo de las mismas. No es lugar este para analizar las posibilidades de la política monetaria a través de la comunicación, pero estaríamos dentro de lo que en pragmática lingüística se define como actos ilocutivos, claves en toda política pública y en particular en aquellas como la monetaria que en buena medida se basan en las expectativas de los distintos operadores y en las decisiones que estos toman en base a dichas expectativas (especialmente en los mercados financieros). Véase también Malo de Molina, 2013: 119-120.

modificaciones importantes del tamaño, composición y perfil de riesgo del balance” del banco central (Esteve/Prats, 2011: 7-8, sobre Disyatat, 2009: 20).

Estas actuaciones no convencionales o “política de expansión monetaria cuantitativa [o relajación cuantitativa o *quantitative easing*] del balance, han de ser vistas como una extensión natural de las operaciones convencionales de los bancos centrales cuando los tipos de interés oficiales llegan a niveles muy bajos (Esteve/Prats 2011: 9, según Benford et al., 2009: 91)” cercanos al tipo cero o *zero lower bound* o, dicho de otra forma, a medida que se agotan las posibilidades de la política de señalización mediante la fijación de tipos de interés. Esta es la política que han seguido la práctica totalidad de bancos centrales desde 2008 y a la que después nos referiremos en relación con los programas de compra de activos del BCE.

- Marco operativo<sup>194</sup>

Sin perjuicio de la utilización de las *operaciones de liquidez* como política de balance – algo que veremos a continuación al hablar de las actuaciones durante la crisis-, cabe referirse al *marco operativo* como conjunto de actuaciones ordinarias de provisión de liquidez y control de los tipos del mercado monetario instrumentalizadas con neutralidad respecto a la política de señalización,

Para alcanzar su objetivo primordial de mantener la estabilidad de precios en el conjunto de la zona del euro, el Eurosistema utiliza un conjunto de instrumentos y procedimientos de política monetaria que constituyen el marco operativo utilizado para llevar a la práctica las decisiones en esta materia. (...) La estrategia determina el nivel de los tipos de interés del mercado monetario que es necesario para mantener la estabilidad de precios a medio plazo, mientras que el marco operativo establece la manera de alcanzar dicho nivel con los instrumentos y los procedimientos de política monetaria disponibles. (BCE, 2011: 102-104).

Los *principios rectores* del marco operativo son<sup>195</sup> los de eficiencia operativa, trato equitativo de las entidades financieras, armonización de las normas y los

---

<sup>194</sup> Para más detalle sobre el marco operativo, véase, «La aplicación de la política monetaria en la zona del euro: Documentación general sobre los instrumentos y los procedimientos de la política monetaria del Eurosistema», BCE, Frankfurt, 2011.

<sup>195</sup> Como señala el propio BCE, el más relevante de estos principios es “el de la eficiencia operativa, que puede definirse como la capacidad del marco operativo de transmitir las decisiones de política monetaria a los tipos de interés a corto plazo del mercado monetario con la mayor precisión y rapidez posibles. A su vez, estos tipos de interés repercutirán en el nivel de precios a través de los distintos canales del mecanismo de transmisión de la política monetaria. En otras palabras, la eficiencia operativa garantiza la señalización y la transmisión de la política monetaria.”



procedimientos, sencillez, transparencia, continuidad, seguridad, eficiencia en los costes y descentralización de la instrumentación de la política monetaria (BCE, 2011: 101).

Dentro de este marco operativo, los tres principales instrumentos de política monetaria que utiliza el Eurosistema son: operaciones de mercado abierto, facilidades permanentes y mantenimiento de reservas (BCE, 2011: 104).

Operaciones de mercado abierto. Consistentes en préstamos o compras de activos con pacto de recompra. Mediante este instrumento las entidades de contrapartida acceden a la liquidez del Eurosistema contra activos de garantía<sup>196</sup> incluidos en una lista única y sujetos a control de riesgos financieros.<sup>197</sup>

Facilidades permanentes. Estas se dividen a su vez en la facilidad marginal de crédito y la facilidad de depósito, como operaciones de liquidez<sup>198</sup> a un día que normalmente tienen condiciones peores a las de mercado, por lo que suelen ser un último recurso para las entidades de contrapartida.

Sistema de reservas mínimas. Se establece un sistema de reservas mínimas u obligatorias para cada entidad en función de su balance<sup>199</sup> y a partir de un mecanismo de promedios, según períodos de mantenimiento previamente fijados. Las funciones de este sistema de reservas son las de estabilizar los tipos de interés del mercado monetario y ampliar el déficit estructural de liquidez (BCE, 2011: 109-110).

- Actuaciones durante la crisis

Veamos ahora las actuaciones del BCE durante la crisis (a partir de octubre de 2008). Dividiremos el repaso a las actuaciones entre la política de señalización y la política de balance, entendiendo entre estas últimas las operaciones de liquidez que el BCE ha

---

<sup>196</sup> Actualmente rige un sistema de lista única de activos que pueden utilizarse en garantía de las operaciones de crédito. Esos activos se dividen en negociables y no negociables.

<sup>197</sup> Las operaciones de mercado abierto se dividen a su vez en operaciones principales de financiación (OPF) –las más importantes, por lo general de periodicidad y plazo semanal-, operaciones de financiación a plazo más largo (OFPML), operaciones de ajuste y operaciones estructurales. Estas dos últimas pueden instrumentarse bien a través de operaciones temporales (OPF u OFPML), bien a través de otros tipos de operaciones: operaciones simples, swaps de divisas, certificados de deuda del BCE y captación de depósitos a plazo fijo.

<sup>198</sup> Facilitan o absorben liquidez.

<sup>199</sup> Según la fórmula: base de reservas por coeficiente de reservas (que suele ser del 2%).

puesto en marcha para influir de manera activa en la política de señalización de tipos de interés oficiales (y no deteniéndonos, por tanto, en las operación de gestión de liquidez típicas o neutrales).

Con respecto a la política de señalización, podemos ver la evolución de los tipos de interés desde 1999 en el cuadro siguiente<sup>200</sup>. A partir de octubre de 2008 vemos un descenso en picado de los tipos, desde el 3,75% hasta el 0%.

Fecha	Tipos de interés
16/03/2016	0%
10/09/2014	0,05%
11/06/2014	0,15%
13/11/2013	0,25%
08/05/2013	0,50%
11/07/2012	0,75%
14/12/2011	1,00%
09/11/2011	1,25%
13/07/2011	1,50%
13/04/2011	1,25%
07/04/2011	1,25%
13/05/2009	1,00%
08/04/2009	1,25%
11/03/2009	1,50%
21/01/2009	2,00%
10/12/2008	2,50%
12/11/2008	3,25%
15/10/2008	3,75%
09/06/2000	4,25%
28/04/2000	3,75%
17/03/2000	3,50%
04/02/2000	3,25%
05/11/1999	3,00%
09/04/1999	2,50%
01/01/1999	3,00%

<sup>200</sup> Fuente (a 15 de mayo de 2017): datos macro <http://www.datosmacro.com/tipo-interes/zona-euro>

En segundo lugar, dentro de la política de balance –especialmente activa, habida cuenta de las dificultades y de la aproximación al tipo cero o *zero lower bound* (ZLB, por sus siglas en inglés)- habrá que referirse a las medidas de política monetaria no convencional<sup>201</sup>. Como señala González Páramo,

La crisis financiera ha distorsionado severamente el funcionamiento normal del mecanismo de transmisión de la política monetaria. El objetivo primordial de las medidas no convencionales del BCE ha sido el de reparar y salvaguardar el funcionamiento de ese mecanismo de transmisión para así proteger la efectividad de la política monetaria convencional.<sup>202</sup> (2012: 136)

Las distintas medidas no convencionales se han clasificado de formas muy diversas. Por ejemplo, señala González-Páramo (2012: 139) que se dirigen a “tres segmentos del mercado que, en la zona euro, son especialmente importantes para la transmisión de la política monetaria: el mercado interbancario, el de cédulas y el de deuda soberana”. Otra clasificación es la que diferencia “medidas de apoyo al crédito” (las dos primeras) y “programa para los mercados de valores” (con un *tertius genus* que sería el llamado *forward guidance* o política de comunicación). Finalmente, una distinción cronológica nos podría llevar a diferenciar tres fases como hacen Cour-Thimann PH., y Winkler B. (2013: 10)<sup>203</sup>: inicio de la crisis a partir del colapso de Lehman Bros. en septiembre de 2008; comienzo de la crisis soberana del euro en mayo de 2010; intensificación de la crisis soberana y contagio al sector financiero desde mediados de 2011; pudiendo añadirse incluso, a nuestro juicio, una cuarta fase, con actuaciones mucho más decididas, que se iniciaría en 2012.

Como señala Malo de Molina (2013: 117), el BCE fue “el más rápido en responder con inyecciones inmediatas y masivas de liquidez al repentino aumento de la aversión al riesgo y la extensión indiscriminada de la desconfianza entre los intermediarios

---

<sup>201</sup> Véanse, Malo de Molina, J.L., “La respuesta del BCE a la crisis”, *Boletín Económico del Banco de España*, pp. 115-124, julio-agosto 2013; Cour-Thimann Ph., y B. Winkler, “The ECB’s non standard monetary policy measures. The role of institutional factors and financial structures”. *ECB Working Paper Series*, nº 1528, abril 2013; Millaruelo A. y A. del Río, “Las medidas de política monetaria no convencionales del BCE a lo largo de la crisis”, *Boletín Económico del Banco de España*, pp. 89-99, enero de 2013; González-Páramo, J.M., “Crisis ‘subprime’ y soberana: el papel del BCE”, *Política Exterior*, diciembre de 2012, pp. 134-144. Esteve V. y M.A. Prats Albentosa, “La utilización de medidas de política monetaria no convencional frente a la crisis financiera internacional”, pp. 5-34, *Principios*, nº19/2011.

<sup>202</sup> Junto a las medidas no convencionales puestas en marcha por los bancos centrales destaca la acción concertada tras la caída de Lehman Bros. para bajar tipos y asegurar liquidez.

<sup>203</sup> En sentido cronológico, parecido aunque no idéntico, véase Millaruelo/Del Río (2013).

financieros que generó la quiebra de Lehman Brothers”. El BCE sustituyó “la práctica desaparición del mercado interbancario colocándose él mismo como el principal actor del mercado monetario” (Malo de Molina, 2013: 117) e incrementando así su balance.

Recapitulemos las actuaciones no convencionales del BCE conforme a un criterio cronológico de puesta en marcha de las distintas medidas:

#### (1) Medidas de apoyo al crédito

Según la propia definición empleada por el BCE, estas medidas se dirigen a lograr un funcionamiento adecuado de los mercados monetarios,

Las Medidas de Apoyo al Crédito del BCE consisten en un conjunto de medidas no convencionales para mejorar las condiciones de financiación y los flujos de crédito en mayor medida de lo que podría lograrse solamente con la reducción de los tipos de interés oficiales del BCE. Estas medidas se adoptaron en octubre de 2008 y se complementaron en mayo de 2009. Basándose en la estructura financiera de la zona del euro, se han dirigido directa y fundamentalmente a las entidades de crédito y contribuyen a asegurar un funcionamiento más normal de los mercados monetarios.<sup>204</sup> (BCE, 2011: 137)

Estas medidas<sup>205</sup>, activadas durante la primera fase, pueden dividirse en:

- Subasta a tipo de interés fijo con adjudicación plena, en sustitución del proceso de asignación habitual de las operaciones de mercado abierto más relevantes, las Operaciones Principales de Financiación *OPF*.
- Ampliación de la lista de activos elegibles como colateral en garantía.
- Refuerzo de la liquidez mediante la ampliación del período de vencimiento de las operaciones de refinanciación a largo plazo (LTROs) (6 y 12 meses y hasta 3

---

<sup>204</sup> Como señala González-Páramo (2012: 139 y ss.) “después de la caída de Lehman Brothers (...) el círculo vicioso de mayor riesgo de liquidez y de crédito suspendió prácticamente las operaciones interbancarias. Los mercados monetarios se segmentaron enormemente y la incertidumbre respecto de las carteras de los bancos y de los activos financieros relacionados con hipotecas dejó a determinadas entidades sin acceso al mercado interbancario.” Aquí es donde aparece la intermediación del BCE a través de las distintas medidas.

<sup>205</sup> Como indican Esteve y Prats (2011: 22), “las medidas de apoyo reforzado al crédito no tratan de ajustar el mecanismo de transmisión monetaria”. Señalan los autores con Trichet que “estas medidas tenían la intención de conseguir que el flujo de crédito a la economía se mantuviera muy por encima de los niveles que podrían alcanzarse únicamente reduciendo los tipos de interés de las *OPF* y estrechando las bandas de fluctuación de las facilidades permanentes (Trichet, 2010a). Las medidas de apoyo reforzado al crédito no tratan de ajustar el mecanismo de transmisión monetaria sino que pretenden crear un «efecto umbral: las medidas deben abordar un problema de gran magnitud y ello justifica su acción excepcional» (Trichet, 2010b, 4).”

años<sup>206</sup>), potenciando las operaciones de Financiación a más Largo plazo (OFMLP) frente a las OPF.

- Acuerdos temporales de provisión de liquidez en divisas (línea *swap* con la Reserva Federal de EE.UU. para hacer frente a la escasez de dólares).
- Puesta en marcha en julio de 2009<sup>207</sup> del Programa de adquisiciones de bonos garantizados con hipotecas (*Covered Bonds<sup>208</sup> Purchase Programme o CBPP*), emitidos en la zona euro y denominados en euros (60.000 millones de euros entre mayo de 2009 y junio de 2010<sup>209</sup>). En noviembre 2011<sup>210</sup> se llevó a cabo un segundo programa (CBPP2) (con la previsión inicial de 40.000 millones de euros de dotación, de los que sólo se requirieron 16.400).<sup>211</sup>

## (2) Programa para el Mercado de Valores (*Securities Markets Programme o SMP*).

Como decíamos anteriormente, una segunda fase dentro de las actuaciones no convencionales del BCE se corresponde con la aparición de la crisis de deuda soberana durante el primer semestre de 2010, al aflorar los problemas derivados de la deuda de Grecia y de su incorrecta contabilización (la posibilidad de una suspensión de pagos y su impacto en la eurozona, en Irlanda y Portugal, pero también en España e Italia). A fin de corregir las disfunciones que acarrearón estas tensiones sobre la deuda soberana para la adecuada transmisión de la política monetaria se adoptó un programa de compra de valores<sup>212</sup> de deuda pública (no directa; sólo en mercados secundarios para cumplir con

---

<sup>206</sup> De hasta 3 años según lo aprobado el 8 de diciembre de 2011 (Cour-Thimann Ph., y B. Winkler, 2013: 16).

<sup>207</sup> Véase la Decisión 2009/16 del Banco Central Europeo de 2 de julio de 2009 sobre la ejecución del programa de adquisiciones de instrumentos de renta fija tipo Pfandbrief (bonos garantizados) (2009/522/CE).

<sup>208</sup> “*Pfandbriefe*” en Alemania o “cédulas hipotecarias” en España.

<sup>209</sup> Anunciado el 7 de mayo de 2009, pero puesto en marcha desde el 6 de julio de ese mismo año y hasta el 30 de junio de 2010. (BCE, 2011: 138). Para más detalle, véase Beirne J., Lars Dalitz, Jacob Ejsing et al. (2011). “The impact of the Eurosystem’s covered bond purchase programme on the primary and secondary markets”, *Occasional paper series*, nº 122 / January.

<sup>210</sup> Véase la Decisión 2011/17 del Banco Central Europeo de 3 de noviembre de 2011 sobre la ejecución del segundo programa de adquisiciones de bonos garantizados (2011/744/UE).

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/1\\_29720111116es00700071.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/1_29720111116es00700071.pdf)

<sup>211</sup> Millaruelo/Del Río 2013:16.

<sup>212</sup> El Programa de Mercados de Valores vino acompañado de la reactivación de algunas de las medidas de apoyo a las que hemos aludido antes. Véase Cour-Thimann Ph., y B. Winkler (2013: 13 y 15) y decisiones correspondientes del BCE.

el art. 125 TFUE) y privada. Como menciona la Decisión BCE 2010/5, de 14 de mayo de 2010<sup>213</sup>,

El 9 de mayo de 2010 el Consejo de Gobierno decidió y anunció públicamente que, ante las circunstancias excepcionales que atraviesan los mercados financieros [especialmente la deuda soberana], caracterizadas por fuertes tensiones en determinados segmentos del mercado que dificultan el funcionamiento del mecanismo de transmisión de la política monetaria y, en consecuencia, la aplicación efectiva de la política monetaria orientada a la estabilidad de precios a medio plazo, debía ponerse en marcha, con carácter temporal, un programa para mercados de valores.

Así, el artículo 1 de la Decisión 2010/5 señala que,

Los bancos centrales del Eurosistema podrán comprar: a) en el mercado secundario, instrumentos de renta fija negociables y admisibles emitidos por las administraciones centrales o entidades públicas de los Estados miembros cuya moneda es el euro, y b) en los mercados primario y secundario, instrumentos de renta fija negociables y admisibles emitidos por entidades privadas constituidas en la zona del euro.

Un elemento diferenciador de este programa -con respecto a similares programas emprendidos por otros bancos centrales<sup>214</sup> con el objetivo de estimular la economía aumentando la oferta de dinero<sup>215</sup>- es, como indican Esteve y Prats, su completa esterilización (2011: 24), es decir, en palabras del BCE (2011: 138-139), que “para asegurar que la situación de liquidez no se vea afectada, todas las adquisiciones son totalmente neutralizadas mediante operaciones de absorción de liquidez”.<sup>216</sup> Otro elemento diferenciador, en particular con respecto al programa OMT al que nos referiremos a continuación, fue su carácter limitado en el tiempo y la cantidad, lo que provocó que las entidades financieras se deshiciesen rápidamente de sus activos de deuda pública que el BCE tuvo que comprar.

---

<sup>213</sup> Decisión 2010/5 del Banco Central Europeo de 14 de mayo de 2010 por la que se crea el programa para mercados de valores (2010/281/UE).

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/1\\_12420100520es00080009.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/1_12420100520es00080009.pdf)

La última compra se efectuó en febrero de 2012 y el programa fue remplazado por el *Outright Monetary Transactions* (OMT) en septiembre de 2012, con un volumen en su punto más alto de €210 billion”

<sup>214</sup> Sobre medidas no convencionales de los distintos bancos centrales (UE, EE.UU., RU, Japón), véase el estudio comparativo del FMI, “Unconventional Monetary Policies. Recent Experiences and Prospects”, VV.AA., 2013.

<sup>215</sup> La oferta de dinero o masa monetaria (money stock), que se plasma a través de una determinada deficiencia de dinero (en función de la liquidez de los activos) que en el caso de la política monetaria del BCE es M3, como agregado monetario amplio compuesto por el efectivo en circulación y el saldo vivo de determinados pasivos de las entidades financieras. No debe confundirse con la base monetaria (efectivo en circulación + reservas bancarias).

Los críticos con la visión monetarista –basada en el axioma establecido por Friedman que atribuye siempre a la inflación un origen monetario- del BCE señalan precisamente su fijación con la oferta de dinero, a pesar de que su relación con el nivel de precios es discutible como demostraría la evolución de ambas variables en la eurozona (De Grauwe, 2016: 200-201).

<sup>216</sup> Para más detalle véase, Banco Central Europeo (2010): “El crecimiento monetario en la zona euro y el programa para el Mercado de Valores” *BCE Boletín Mensual*, junio, pp. 25-28.

Con la intensificación de la crisis de deuda soberana –en especial, aumentando la presión de los mercados sobre la deuda soberana de Italia y España- durante el verano de 2011 y su extensión al sector financiero, se entró en una nueva fase. Simultáneamente a la aplicación del Programa para el Mercado de Valores (*SMP* en sus siglas en inglés), a partir del 8 de diciembre de 2011, el BCE adoptó nuevas medidas para garantizar que el sistema bancario disponía de la liquidez suficiente. En particular se reforzó la liquidez mediante dos operaciones LTROs con amortización a 3 años (desde diciembre de 2011 hasta febrero de 2012); se efectuó la reducción de la ratio de reservas del 2% al 1%; y se produjo un aumento del colateral elegible y de la flexibilidad en el análisis crediticio previo a su selección.<sup>217</sup>

La insuficiencia del Programa para el Mercado de Valores para atajar los problemas de la zona euro (o dicho sin eufemismos, su falta de credibilidad) propició el conocido y “rooseveltiano” pronunciamiento del Presidente del BCE Mario Draghi (26 de julio de 2012),<sup>218</sup> afirmando que haría “todo lo necesario para preservar el euro” (“*whatever it takes to preserve the euro*”), seguido en septiembre de 2012 por la aprobación de un nuevo programa de compra de valores. Como señalan Millaruelo y Del Río (2013: 96-97),

El SMP había permitido en horizontes de corto plazo reducir las primas de liquidez, así como la rentabilidad de la deuda soberana y su volatilidad, pero su carácter temporal y limitado resultaba insuficiente para el nuevo cometido. En una intervención pública sin precedentes, el presidente del BCE señaló el 26 de julio de 2012 su disposición a tomar todas las medidas necesarias para atajar la crisis sistémica y salvaguardar la moneda única. Posteriormente, el BCE anunció, con motivo de la reunión del Consejo de Gobierno del 6 de septiembre, los términos en los que el Eurosistema llevaría a cabo adquisiciones en los mercados de deuda en el contexto de un nuevo programa llamado Operaciones Monetarias de Compraventa (OMC u OMT por sus siglas en inglés). En paralelo, el SMP se dio por concluido.

(3) Programa de Operaciones Monetarias de Compraventa (OMT) de 2012.<sup>219</sup>

Como decíamos, el “*whatever it takes*” del presidente del BCE se plasmó inmediatamente en un nuevo programa. En aplicación del art. 18 del Estatuto del SEBC

---

<sup>217</sup> Cour-Thimann Ph., y B. Winkler (2013: 16).

<sup>218</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=tB2CM2ngpQg>

<sup>219</sup> La aprobación de este acto se llevó a cabo por el Consejo de Gobierno del BCE y conforme al art. 18 del Estatuto del SEBC y BCE.

[http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/ComunicadosBCE/NotasInformativasBCE/12/Ar/Fic/presbce2012\\_99.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/ComunicadosBCE/NotasInformativasBCE/12/Ar/Fic/presbce2012_99.pdf)

y BCE, el Consejo de Gobierno del BCE aprobó, con fecha 6 de septiembre de 2012, (como había anunciado el 2 de agosto anterior) las características técnicas de las operaciones monetarias de compraventa (*Outright Monetary Transactions* o *OMT* en sus siglas en inglés). Especial atención merece la condicionalidad<sup>220</sup>, que vincula las compras de deuda soberana -que necesariamente deberían efectuarse en mercados secundarios (a fin de cumplir con el art. 125 TFUE y el 21 del ESEBC)- a la futura solicitud de un programa de asistencia financiera (al FEEF o al MEDE, que sí podrán comprar en el mercado primario), ya sea un programa completo de ajuste macroeconómico o un programa precautorio. Es decir, se vincula la compra a la existencia de una condicionalidad “estricta y efectiva” que imponga disciplina fiscal y reformas estructurales. Para el caso de países que se encontraran ya en un programa de ajuste macroeconómico se establece la previsión de la posibilidad de compra de su deuda soberana “cuando estén recuperando el acceso a los mercados de deuda”:

Una condición necesaria para las Operaciones Monetarias de Compraventa es una condicionalidad estricta y efectiva contenida en un programa adecuado de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera/el Mecanismo Europeo de Estabilidad (EFSF/ESM, en sus siglas en inglés). Estos programas podrán consistir en un programa completo de ajuste macroeconómico de la EFSF/el ESM o un programa precautorio (Línea de Crédito con Condicionalidad Reforzada), siempre que incluyan la posibilidad de que la EFSF/el ESM realicen compras en el mercado primario. También se requerirá la participación del FMI en el diseño de la condicionalidad específica para el país y en el seguimiento del programa. El Consejo de Gobierno contemplará las Operaciones Monetarias de Compraventa en la medida en que estén justificadas desde la perspectiva de política monetaria, siempre que se respete plenamente la condicionalidad del programa, y las finalizará cuando se alcancen sus objetivos o en caso de incumplimiento del programa de ajuste económico o del programa precautorio. Después de realizar una valoración exhaustiva, el Consejo de Gobierno tomará una decisión sobre el comienzo, la continuación y la suspensión de las Operaciones Monetarias de Compraventa a su discreción y actuando de conformidad con su mandato de política monetaria.<sup>221</sup>

Conforme a la decisión adoptada el 6 de septiembre de 2012, las operaciones, se centrarían en plazos cortos (entre uno y tres años), sin límites cuantitativos previos, con mismo trato que el de los restantes acreedores y con plena esterilización de la liquidez.

---

<sup>220</sup> Téngase en cuenta que la condicionalidad establecida por la decisión del BCE de 6 de septiembre de 2012 se completa con las condiciones o parámetros impuestos por la STJUE de 16 de junio de 2015 (c-62/14), consecuencia de la primera cuestión prejudicial planteada por el TCFA, quien a su vez aquilatará finalmente tales condiciones. Véase en la tercera parte el comentario al diálogo judicial emprendido entre ambos tribunales a raíz del Programa OMT.

<sup>221</sup> Nota de prensa de 6 de septiembre de 2012 del BCE sobre las características técnicas de las operaciones monetarias de compraventa. Téngase en cuenta que esta decisión se adoptó directamente sobre la base legal del art. 18 ESEBC.

[http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/ComunicadosBCE/NotasInformativasBCE/12/Arc/Fic/presbce2012\\_99.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/ComunicadosBCE/NotasInformativasBCE/12/Arc/Fic/presbce2012_99.pdf)



Este programa puso fin al Programa para el Mercado de Valores, sin perjuicio de mantener el drenaje (esterilización) y el plazo de amortización previsto. Según aprecian, entre otros, Millaruelo y Del Río (2013: 98), sin ni siquiera activación, el mero anuncio<sup>222</sup> del programa de adquisición de deuda soberana sirvió para la reducción de los diferenciales, así como para la contención de la salida de capitales de los países más vulnerables<sup>223</sup>.

#### (4) Programa de compra de valores del sector público (APP) de 2015.

En marzo de 2015 se puso en marcha el Programa de Compra de Activos (*Asset Purchase Programme o APP*), que actualmente, en su versión ampliada, comprende todos los programas de compra de activos del sector público y del sector privado emprendidos por el BCE con la finalidad de contribuir a la adecuada transmisión de la política monetaria y, en último extremo, a la consecución del objetivo de estabilidad de precios (es decir, de una tasa de inflación por debajo, aunque cercana, al 2%). El programa estaba inicialmente previsto hasta septiembre de 2016 con un montante de compras mensuales de hasta 60.000 millones; luego fue ampliado hasta marzo de 2017 (o hasta una fecha posterior si fuera necesario y, en todo caso, hasta que el Consejo de Gobierno entendiéndose que la situación es proclive al cumplimiento del objetivo de estabilidad de precios), con un montante de hasta 80.000 millones. El Consejo de Gobierno del BCE de diciembre de 2016 lo prorrogó por al menos nueve meses más, es decir, hasta diciembre de 2017, disminuyendo el montante a la cifra inicial de hasta 60.000 millones. Actualmente en el programa se incluyen:

- El tercer programa de *compra de cédulas (Covered bond purchase programme o CBPP3)*, puesto en marcha a partir del 20 de octubre de 2014.<sup>224</sup>
- El Programa de *compra de bonos de titulización<sup>225</sup> de activos (Asset-backed securities purchase programme o ABSPP)*, que comenzó el 21 de noviembre de

<sup>222</sup> Téngase en cuenta lo dicho anteriormente en relación con los actos ilocutivos y perlocutivos (efectos).

<sup>223</sup> Volveremos sobre esta cuestión al tratar la fragilidad de la unión monetaria en relación con la función del banco central como prestamista de último recurso.

<sup>224</sup> Véase la Decisión 2014/40 del Banco Central Europeo de 15 de octubre de 2014 sobre la ejecución del tercer programa de adquisiciones de bonos garantizados.

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj-jol\\_2014\\_335\\_r\\_0010-es-txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj-jol_2014_335_r_0010-es-txt.pdf)

Modificada por Decisión (UE) 2017/101 del BCE de 11 de enero de 2017.

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex\\_32017d0002\\_es\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32017d0002_es_txt.pdf)

2014.<sup>226</sup>El objetivo de este programa es facilitar la transmisión de la política monetaria mediante la mejora de las condiciones de financiación y concesión de créditos.

- El programa de *compra de activos del sector público (Public Sector Purchase Programme o PSPP)*<sup>227</sup>, que a partir del 9 de marzo de 2015 (anunciado en enero de 2015) incluyó la compra de deuda soberana nominal y vinculada a la inflación, así como deuda emitida por agencias, gobiernos locales y regionales, organizaciones internacionales y bancos multilaterales de desarrollo localizados en el área euro.
- El programa de *compra de bonos corporativos (Corporate Sector Purchase Programme o CSPP)*, que comenzó el 8 de junio de 2016<sup>228</sup> y que se añade al anterior de manera que las compras totales mensuales aumentaron de 60.000 a 80.000 millones a partir del 1 de abril de 2016.<sup>229</sup>

### c) Los límites de la política monetaria del SEBC/BCE

Para concluir este bloque dedicado a la política monetaria procede repasar brevemente cuáles son las limitaciones de su marco jurídico –lo que el BCE no puede hacer, especialmente en comparación con otros bancos centrales<sup>230</sup>. Esos límites derivan, en

<sup>225</sup> La titulización y venta de activos titulizados permite a los bancos aumentar el crédito a la economía real.

<sup>226</sup> Véase la Decisión (UE) 2015/5 del Banco Central Europeo de 19 de noviembre de 2014 sobre la ejecución del programa de adquisiciones de bonos de titulización de activos (BCE/2014/45)

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj\\_jol\\_2015\\_001\\_r\\_0002\\_es\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj_jol_2015_001_r_0002_es_txt.pdf)

Modificada en varias ocasiones (véase anexo I).

<sup>227</sup> Véase la Decisión (UE) 2015/774 del Banco Central Europeo de 4 de marzo de 2015 sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (BCE/2015/10)

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj\\_jol\\_2015\\_121\\_r\\_0007\\_es\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj_jol_2015_121_r_0007_es_txt.pdf)

Modificada en varias ocasiones (véase anexo I).

<sup>228</sup> Véase la Decisión (UE) 2016/948 del Banco Central Europeo de 1 de junio de 2016 sobre la ejecución del programa de compras de bonos corporativos (BCE/2016/16)

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex\\_32016d0016\\_es\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32016d0016_es_txt.pdf)

Modificada por

Decisión (UE) 2017/103 del Banco Central Europeo de 11 de enero de 2017 (BCE/2017/4).

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex\\_32017d0004\\_es\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32017d0004_es_txt.pdf)

<sup>229</sup> Valores cuya tenencia corresponde al Eurosistema bajo programas APP. FUENTE: BCE

Changes of holdings (last two months)	ABSP	CBPP3	CSPP	PSPP	APP
Holdings* March 2017	24,190	214,446	75,455	1,457,652	1,771,743
Monthly net purchases	-408	1,928	6,807	54,311	62,638
Quarter-end amortisation adjustment	0	0	0	0	0
Holdings* April 2017	23,782	216,374	82,262	1,511,963	1,834,381

\*At amortised cost, in euro million, at month end.

Figures may not add up due to rounding. Figures are preliminary and may be subject to revision.

<sup>230</sup> Esta es una parte descriptiva, no crítica, pero parece conveniente aludir también a lo que no está contemplado en el derecho positivo, especialmente si tenemos en cuenta la comparación con otras

primer lugar, de la fijación de un único objetivo<sup>231</sup> primordial, la estabilidad de precios, frente a otros bancos centrales que incluyen también el desempleo. Un segundo conjunto de límites<sup>232</sup> derivan de la prohibición de mutualización de riesgos o transferencia de rentas (arts. 123 y 125 TFUE<sup>233</sup>, anverso y reverso de una misma moneda según la cual, “el BCE no puede embarcarse en operaciones que puedan implicar mutualización de riesgos o transferencia de rentas (i.e. acciones de solidaridad) entre países que no han sido explícitamente aceptadas por sus parlamentos nacionales” (Malo de Molina 2013: 116). Puede decirse que estamos ante límites jurídicos explícitos que, como veremos, conllevan ciertos problemas operativos no menores<sup>234</sup> y, junto con los límites o necesidades derivadas de las recurrentes crisis económicas propias de las economías capitalistas, abren el debate sobre la viabilidad -y en caso afirmativo, configuración- de una unión monetaria sin unión fiscal.

---

jurisdicciones. La decisión sobre estas limitaciones, implícita en los correspondientes artículos del tratado, es desde luego parte de la configuración legal de la política monetaria.

<sup>231</sup> Nótese que aunque los Tratados hablan de objetivo primordial, el posterior aquilatamiento por el BCE parece permitir hablar prácticamente de un objetivo único en el sentido de que otros objetivos “no primordiales”, como el empleo o la estabilidad financiera, no se añadan, sino que se supediten a él.

<sup>232</sup> Como veremos en la tercera parte, en base a esas limitaciones se pronuncia el TJUE en las dos cuestiones prejudiciales presentadas por el TCFA en el caso OMT (y después este mismo tribunal en la resolución del litigio).

<sup>233</sup> No deben confundirse los arts. 123 y 125 TFUE aunque son dos caras de una misma moneda. Los reproducimos aquí por su importancia:

El *Artículo 123* establece la prohibición de financiación monetaria:

1. Queda prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de los Estados miembros, denominados en lo sucesivo “bancos centrales nacionales”, en favor de instituciones, órganos u organismos de la Unión, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda por el Banco Central Europeo o los bancos centrales nacionales.

2. Las disposiciones del apartado 1 no afectarán a las entidades de crédito públicas, que, en el marco de la provisión de reservas por los bancos centrales, deberán recibir por parte de los bancos centrales nacionales y del Banco Central Europeo el mismo trato que las entidades de crédito privadas.

Por su parte, el *Artículo 125* incluye la llamada cláusula de no corresponsabilidad financiera (*no-bail out*):

1. 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.

2. Si fuese necesario, el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá especificar las definiciones para la aplicación de las prohibiciones a que se refieren los artículos 123 y 124 y el presente artículo.

<sup>234</sup> Como por ejemplo las medidas a tomar cuando los tipos se acercan a cero o *zero lower bound* (ZLB), en el que las posibilidades de la política monetaria se reducen sensiblemente.

Desde la perspectiva ortodoxa<sup>235</sup>, que se plasma en el actual Derecho positivo, se mantiene que, para asegurar la dominancia monetaria en las uniones monetarias sin unión fiscal, los requisitos de solidez fiscal han de ser más estrictos, en la medida en que la política monetaria común establece vínculos entre los presupuestos nacionales que no existirían sin ella. Así, según Praet, esto hace necesario “una estructura de gobernanza que no sólo garantice un alto grado de independencia del banco central, sino también que implique un marco fiscal que reconozca que las políticas fiscales sólidas de todos los Estados son una cuestión de preocupación común, que afecta a todos”. Y así se diseña la UEM, diríamos. Lo resume Praet (2015) con claridad difícilmente superable:

Una fuerte independencia del BCE con un mandato centrado en el mantenimiento de la estabilidad de precios como objetivo primario, que recibe también protección de la prohibición de financiación monetaria; y un bien definido marco fiscal organizado en torno al Pacto de Estabilidad y Crecimiento y apoyado por la cláusula *no-bail out* que – en ausencia de valores libres de riesgo común- garantiza la estabilidad a medio-plazo.

Praet añade que la crisis nos ha dado nueva información sobre cómo operar en este marco; así hemos aprendido dos lecciones: (1) que no sólo es importante la interacción entre política monetaria y política fiscal; también lo es la interacción con el sector financiero (la “dominancia financiera”). (2) Que el pacto fiscal no funcionó como se esperaba y fue necesaria la asistencia financiera a algunos Estados y una renovación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (dominancia fiscal).

Tal y como vemos, la imbricación entre política monetaria y política fiscal es plena, igual que lo es con la política financiera, en particular en relación con la supervisión financiera<sup>236</sup>. Pasamos a continuación a presentar una panorámica de ambas políticas. Veamos en primer lugar el nuevo marco fiscal.

---

<sup>235</sup> Las perspectivas críticas son muy diversa. Una visión especialmente clara y, a nuestro juicio, ponderada, es la que se observa en las siguientes palabras de Paul de Grauwe sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (2016: 234): “Centrally imposed sanctions and rigid rules are not a good idea. The underlying objective of the Stability and Growth Pact however is a good one. This is that budget deficits and debt levels should be sustainable in the long run.”

<sup>236</sup> En ese sentido desde la perspectiva más ortodoxa se habla de una acción en un triple frente: (1) monetario (las actuaciones no convencionales que hemos visto para contribuir a la transmisión de la política monetaria); (2) los procesos de ajuste fiscal y reformas estructurales; (3) la unión bancaria. Véase, por ejemplo, Malo de Molina (2013: 122), quien por cierto comenta lo inidóneo de que sea el BCE quien se ocupe de esta última pata en la medida en que podría tener un importante conflicto de interés.

### 3.2.2 Las nuevas reglas fiscales y la asistencia financiera.

Como veíamos, en la fundación de la UEM se aceptó la viabilidad de una unión monetaria sin plena unión fiscal siempre que en el diseño del conjunto la pata monetaria, caracterizada por un banco central independiente con un mandato de estabilidad de precios, se correspondiese con una pata fiscal que, aunque no reflejase una unión plena en sentido jurídico, sí asegurase políticas fiscales sólidas y coherentes por parte de todos los Estados miembros. Con esta idea, en el Tratado de Maastricht se estableció un determinado diseño “constitucional” para la UEM, que vino a completarse posteriormente mediante el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) de 1997<sup>237</sup> y que se ha visto reforzado durante los últimos años como respuesta a la crisis. Vamos a desmenuzar los puntos principales del PEC y, en particular, las nuevas reglas fiscales, pero antes es preciso realizar una mención a dos elementos sobre los que se construye la política económica general y sin los cuales creemos que no puede acabar de contextualizarse. Nos referimos muy brevemente a la Estrategia 2020 -como documento de política general que establece las líneas generales de la política económica europea- y al Semestre Europeo -como instrumento para la coordinación de las políticas económicas y fiscales a través del cual se impulsa aquella estrategia general.

a) Política económica general: la Estrategia Europa 2020 y el Semestre Europeo como instrumento de coordinación de políticas económicas

- La Estrategia Europa 2020

La Estrategia Europa 2020 es el documento que fija las prioridades y objetivos de la Unión Europea a diez años vista, partiendo de los dos objetivos generales de su política económica: el crecimiento y el empleo. Como indica la Comunicación de la Comisión Europea “*Europa 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*”<sup>238</sup>, la estrategia pretende (1) la superación de la actual crisis y (2) el

---

<sup>237</sup> Resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento (Amsterdam, 17 de junio de 1997). Reglamento (CE) N° 1466/97 del Consejo de 7 de julio de 1997 relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas (DO L 209, 2.8.1997). Reglamento (CE) N° 1467/97 del Consejo de 7 de julio de 1997 relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo (DO L 209, 2.8.1997).

<sup>238</sup> COM (2010) 2020, de 3.3.2010.

fortalecimiento del modelo económico europeo, que necesariamente debe hacerse, según la Comisión, más sostenible y eficaz. En la estrategia se fijan tres “prioridades” o rasgos deseables del crecimiento, a saber, que sea inteligente, sostenible e integrador. Asimismo, a fin de garantizar la salida de la crisis, se establecen cinco “objetivos” y “siete iniciativas emblemáticas” que deberán alcanzarse con la debida coordinación multinivel entre administraciones nacionales y europeas. Según la Comunicación, los cinco objetivos europeos que deberán plasmarse en los correspondientes planes nacionales son: el empleo, la investigación y la innovación, el cambio climático y la energía, la educación y la lucha contra la pobreza.

Esos cinco objetivos se completan con “siete iniciativas emblemáticas”, a saber: “Unión por la innovación”, “Juventud en movimiento”, “Una agenda digital para Europa”, “Una Europa que utilice eficazmente los recursos”, “Una política industrial para la era de la mundialización”, “Una Agenda de nuevas cualificaciones y empleos” y una “Plataforma europea contra la pobreza”.<sup>239</sup>

Antes de proponer al Consejo Europeo de la primavera de 2010 la adopción de esta Estrategia, la Comisión señaló que “el éxito de la nueva estrategia dependerá básicamente de que las instituciones de la Unión Europea, los Estados miembros y las regiones expliquen claramente porqué las reformas son necesarias (e inevitables para mantener nuestra calidad de vida y consolidar nuestros modelos sociales), el destino<sup>240</sup> que quieren alcanzar Europa y sus Estados miembros en 2020 y qué contribución precisan de los ciudadanos, las empresas y sus organizaciones representativas”.

---

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC2020>

<sup>239</sup> Aunque sea en nota al pie, creemos que no puede dejar de mencionarse, dentro de este rápido repaso descriptivo, el lenguaje y la terminología utilizados, ya que forman parte del marco de pensamiento sobre el que se trazan estas líneas generales de la política económica europea. El lenguaje utilizado –en la Comunicación y en las orientaciones, pero también en el día a día- está plagado de términos positivos (véase Lakoff, *No pienses en un elefante. Lenguaje y debate político*, Ed. Complutense, Madrid, 2007) y líquidos (por utilizar la ya clásica fórmula de Bauman), desprovistos completamente de referencialidad con la realidad y desde luego de juridicidad. Como si la realidad fuese enunciativa –tal vez con la misma intención ilocutiva que veíamos antes en la política de comunicación del BCE, pero con una finalidad mucho menos técnica o precisa-, la terminología típica resulta irrefutable, al emplear continuamente términos como “éxito”, “reforma”, “fortaleza” o “confianza” que no sólo recuerdan a aquella fe ciega del siglo XIX en la inevitabilidad del progreso. El objetivo meramente descriptivo de estas páginas se hace difícil en este punto, por lo que reconducimos la descripción-reflexión a nota al pie. En todo caso, no creemos que el carácter programático que todo documento de propósitos suele tener sea suficiente para justificar esta evanescencia feliz de la política económica europea.

<sup>240</sup> El mesianismo resulta paradigmático.

Dentro de esta Estrategia 2020 se incluyen las llamadas *directrices integradas*, es decir, la aprobación de las Orientaciones en Política Económica (art. 121 TFUE) y en Política de Empleo (art. 148 TFUE). El Consejo aprobó en 2015 las nuevas Directrices Integradas, en sustitución de las aprobadas en 2010, como instrumentos jurídicos de coordinación que concretan el marco de la Estrategia 2020 y de las subsiguientes reformas nacionales.<sup>241</sup>

- El Semestre Europeo<sup>242</sup>.

En segundo lugar, nos referiremos a la que es probablemente la mayor novedad en materia de coordinación de las políticas económicas en el seno de la Unión Europea; se trata del conocido como Semestre Europeo, que constituye el instrumento anual de coordinación de políticas económicas y presupuestarias de los Estados. Consiste en un análisis efectuado por la Comisión de los programas de reformas estructurales<sup>243</sup> de los Estados miembros, de cuyo resultado emanan las recomendaciones individualizadas que la Comisión efectúa para los siguientes 12-18 meses.

El comienzo del Semestre Europeo tiene lugar cuando a finales de año (noviembre) la Comisión adopta el llamado *paquete de otoño*<sup>244</sup>, que incluye una serie de documentos<sup>245</sup> con las prioridades generales para el siguiente ejercicio: el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento (EPAC)<sup>246</sup>, donde fija las prioridades para el impulso del crecimiento y la creación de empleo en la UE durante el siguiente ejercicio;

---

<sup>241</sup> Directrices integradas:

PARTE I. Recomendación (UE) 2015/1184 del Consejo de 14 de julio de 2015 relativa a las orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión Europea (DO L 192 de 18.7.2015).

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AJOL\\_2015\\_192\\_R\\_0009](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AJOL_2015_192_R_0009)

PARTE II. Decisión (UE) 2015/1848 del Consejo, de 5 de octubre de 2015, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2015 (DO L 268 de 15.10.2015).

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AJOL\\_2015\\_268\\_R\\_0005](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AJOL_2015_268_R_0005)

<sup>242</sup> Lo exponemos aquí en tanto que se trata de un instrumento general, sin perjuicio de que después profundicemos en su contenido eminentemente presupuestario o fiscal.

<sup>243</sup> Recordemos que conforme al relato más ortodoxo los tres vectores de la respuesta a la crisis debían ser el monetario (actuaciones convencionales, pero sobre no convencionales), el financiero (Unión Bancaria, al que luego aludiremos) y el fiscal, entendiendo por tal la suma de reformas estructurales y ajuste fiscal. Este puede decirse que es pensamiento *maistream* puesto en marcha por la UE (Comisión).

<sup>244</sup> Reproducimos aquí, a título ejemplificativo, la nota de prensa de la Comisión sobre el contenido del “paquete de otoño” aprobado en noviembre de 2016.

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-3664\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3664_es.htm)

<sup>245</sup> Endosados, al menos los dos primeros, por el Consejo Europeo en marzo.

<sup>246</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2016:725:FIN>

el Informe sobre el mecanismo de alerta (IMA), que pone en marcha el procedimiento de desequilibrio macroeconómico (PDM) anual<sup>247</sup>; un proyecto de informe conjunto sobre el empleo; la Recomendación sobre la política económica de la zona del euro<sup>248</sup>; la Comunicación sobre la orientación presupuestaria conjunta para la zona euro<sup>249</sup>; y, el Dictamen de la Comisión sobre los proyectos de planes presupuestarios de los países de la zona del euro<sup>250</sup>.

Posteriormente, en febrero, la Comisión presenta mediante una recomendación los informes por país (*country reports*), en los que analiza las principales magnitudes económicas y sociales, y la presupuestaria de cada Estado, incluido un examen exhaustivo para los países que según el Informe sobre el Mecanismo de Alerta pudieran tener desequilibrios macroeconómicos.<sup>251</sup>

A continuación, a finales de abril<sup>252</sup>, cada Estado miembro debe presentar sus planes<sup>253</sup> a tres años vista para conseguir unas finanzas públicas saneadas conforme al *Programa de Estabilidad y Convergencia*<sup>254</sup>, así como sus *Programas Nacionales de Reformas*<sup>255</sup>, en aras a la consecución del “crecimiento inteligente, sostenible e integrador” contemplado en la Estrategia Europa 2020. Esos programas son más tarde evaluados por la Comisión, quien, a finales de primavera, presenta recomendaciones por país que debate y aprueba posteriormente el Consejo<sup>256</sup> y que los Estados miembros debieran recoger en sus planes de reformas y proyectos de presupuestos.<sup>257</sup>

---

<sup>247</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2016:728:FIN>

<sup>248</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2016:726:FIN>

<sup>249</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2016:727:FIN>

<sup>250</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2016:730:FIN>

<sup>251</sup> Los informes por país para 2017 pueden verse en:

[https://ec.europa.eu/info/publications/2017-european-semester-country-reports\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/2017-european-semester-country-reports_en)

<sup>252</sup> <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/280417-enlaceprograma.aspx>

<sup>253</sup> [https://ec.europa.eu/info/national-plans/2016-european-semester-national-plans\\_en](https://ec.europa.eu/info/national-plans/2016-european-semester-national-plans_en)

<sup>254</sup> Programas de Estabilidad para los países del Euro y de Convergencia para todos los demás que no lo son. [https://ec.europa.eu/info/2017-european-semester-national-reform-programmes-and-stability-convergence-programmes\\_en](https://ec.europa.eu/info/2017-european-semester-national-reform-programmes-and-stability-convergence-programmes_en)

En esta web se pueden consultar todos los de España: <http://www.minhap.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/Programasdeestabilidad.aspx>

<sup>255</sup> PNR 2017: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Documents/PNR%202017.pdf>

En esta web se pueden consultar todos los de España: <http://www.minhap.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/ProgramaNacionalReformas.aspx>

<sup>256</sup> Recomendaciones aprobadas por el Consejo el 12 de julio de 2016 (Diario Oficial de la Unión Europea, C 299, 18 de agosto de 2016):

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2016:299:TOC>

Últimas recomendaciones presentadas por la Comisión:



Precisamente, para reforzar la supervisión presupuestaria y complementar la coordinación de políticas económicas establecida en el PEC y en el Semestre Europeo, se establece un calendario presupuestario común. Así, conforme el Reglamento (UE) n° 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013<sup>258</sup>, los Estados de la zona euro deben remitir a la Comisión, antes del 15 de octubre de cada año, sus proyectos de presupuestos (“planes presupuestarios”) que deberán ser “coherentes con las recomendaciones formuladas en el contexto del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y, cuando proceda, con las recomendaciones formuladas en el contexto del ciclo anual de supervisión, incluidos el procedimiento relativo a los desequilibrios macroeconómicos”. La Comisión evaluará dichos los proyectos y emitirá un dictamen, a más tardar el 30 de noviembre, pudiendo requerir la remisión de planes presupuestarios revisados si constata graves incumplimientos de las reglas fiscales.

Hechas estas menciones a la estrategia de política económica general y al Semestre Europeo como instrumento de coordinación, pasamos a repasar el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y, en particular, las nuevas reglas fiscales que configuran el núcleo del vigente marco de *gobernanza* fiscal de la UE.

#### b) Las nuevas reglas fiscales

La necesidad de completar la unión monetaria con una dimensión fiscal hizo necesaria la aprobación en 1997 del Pacto de Estabilidad y Crecimiento a fin de asegurar, antes de la entrada efectiva del Euro, la solidez y coordinación de las políticas presupuestarias de los Estados miembros que lo adoptarían y teniendo como referencia las normas sobre límites de deuda (60%) y déficit (3%) previstas en el Tratado de Maastricht para salvaguardar la Unión Monetaria. El marco legal del PEC se encuentra principalmente y

---

[https://ec.europa.eu/info/publications/2017-european-semester-country-specific-recommendations-commission-recommendations\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/2017-european-semester-country-specific-recommendations-commission-recommendations_en)

<sup>257</sup> Conviene recordar que en caso de que las ignoren pueden recibir advertencias y, en caso de incurrir en desequilibrios macroeconómicos y presupuestarios excesivos, ser objeto de las sanciones correspondientes dentro de los procedimientos fijados. También cabe destacar la existencia de reuniones ministeriales (ECOFIN) para el análisis y discusión de cuestiones específicas.

<sup>258</sup> Reglamento (UE) n° 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32013R0473>

después de la última reforma de los Tratados en los arts. 121 y 126 del TFUE<sup>259</sup>. Como hemos señalado con anterioridad, tras la crisis se identifica la necesidad de reforzar este Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que ya disponía de una vertiente preventiva y otra correctiva, añadiendo (junto con el instrumento de coordinación de ciclos presupuestarios que acabamos de ver, el Semestre Europeo) un conjunto de nuevas *reglas fiscales materiales* que venían a reforzar las anteriores y un conjunto de *procedimientos o normas formales* que los Estados vendrían obligados a seguir en sus planes presupuestarios. Estas normas fueron incluidas en los paquetes normativos conocidos como *Six pack* y *Two pack*, así como en el Tratado de Estabilidad Coordinación y Gobernanza (o *Fiscal compact*).

- Six pack

En diciembre de 2011 se adoptó un paquete de seis propuestas legislativas (conocido como “*six-pack*”) en respuesta a las vulnerabilidades afloradas con la crisis financiera. El paquete incluía: tres reglamentos que reforzaban el marco europeo de supervisión presupuestaria previsto en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento; dos reglamentos con un nuevo procedimiento de vigilancia de los desequilibrios macroeconómicos; y, una directiva con las normas mínimas que debían adoptar los Estados miembro en sus normas marco para los presupuestos<sup>260</sup>.

---

<sup>259</sup> Arts. 119 a 144 TFUE, véase concretamente el 121 y 126, 136 y Protocolo nº 12 déficits excesivos. También deben tenerse en cuenta:

- Reglamento (CE) Nº 479/2009 del Consejo de 25 de mayo de 2009 relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO L 145, de 10.6.2009).
- *Vertiente preventiva*. Reglamento (CE) Nº 1466/97 del Consejo de 7 de julio de 1997 relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas (DO L 209, 2.8.1997), modificado en 2005 y en 2011 (por el reglamento UE 1175/2011 integrante del *six pack*).
- *Vertiente correctiva*. Reglamento (CE) nº 1467/97 del Consejo de 7 de julio de 1997 relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo (DO L 209, 2.8.1997) modificado en 2005 y en 2011 (por el reglamento UE 1177/2011 integrante del *six pack*).

<sup>260</sup> El *Six-pack* está integrado por las siguientes normas (téngase en cuenta el distinto ámbito UE/UEM):

- Reglamento (UE) 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.
- Reglamento (UE) 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011 relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos.
- Reglamento (UE) 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas.

Las nuevas reglas pueden dividirse en dos vertientes: preventiva y correctiva<sup>261</sup>. Como principales refuerzos en la denominada *vertiente preventiva*, el paquete legislativo estableció la necesaria vinculación del crecimiento del gasto a la “tasa de crecimiento a medio plazo del PIB potencial”. En esta vertiente los Estados presentan sus objetivos presupuestarios a medio plazo a través de los Programas de Estabilidad y Convergencia que mencionamos al explicar el Semestre Europeo. También como medida preventiva, la legislación introdujo la posibilidad de imponer sanciones a un Estado miembro en una fase temprana y, concretamente, la constitución de un depósito con devengo de intereses equivalente al 0,2 % del PIB si su situación presupuestaria subyacente no resulta suficientemente sólida.

En la *vertiente correctiva*, se establecieron también importantes novedades, como la obligación para los Estados que superen el umbral de deuda previsto de reducir rápidamente el exceso. Por otra parte, el *procedimiento de déficit excesivo* (PDE) puede iniciarse tanto en caso de evolución desfavorable de la deuda, como en caso de déficit público elevado.<sup>262</sup>

Por último, cabe destacar que el *six-pack* ha introducido, además, un nuevo *procedimiento de desequilibrios macroeconómicos* (PDM)<sup>263</sup> como mecanismo de

- 
- Reglamento (UE) 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011 relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro.
  - Reglamento (UE) 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011 sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro
  - Directiva 2011/85/UE del Consejo de 8 de noviembre de 2011 sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

<sup>261</sup> Más allá del nuevo contenido conviene recordar que la vertiente preventiva existe conceptualmente desde 1999 y correctiva desde la reforma del PEC del 2005.

<sup>262</sup> Véanse el Artículo 126 TFUE (vertiente correctora del PEC) y el protocolo nº 12 anejo a los tratados, sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo.

Se establecen dos criterios para los Estados miembros:

- Déficit presupuestario por relación al PIB no superior al 3 %.
- Deuda pública por relación al PIB no superior a 60 %.

Si la Comisión, al examinar los programas de estabilidad y convergencia, determina que no se cumplen los criterios puede recomendar al Consejo que active el procedimiento. Los Estados incluidos en dicho procedimiento quedan obligados a presentar un plan de medidas y políticas para el cumplimiento de los criterios, pudiendo ser sancionados si no corrigen la situación.

Estados que se encuentran dentro del PDE (a mayo de 2017, la Comisión ha propuesto sacar del procedimiento a Portugal y Croacia y mantener a España, Francia, RU y Grecia):

[https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/stability-and-growth-pact/corrective-arm-excessive-deficit-procedure/ongoing-excessive-deficit-procedures\\_en](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/stability-and-growth-pact/corrective-arm-excessive-deficit-procedure/ongoing-excessive-deficit-procedures_en)

<sup>263</sup> Véanse el Reglamento (UE) nº 1176/2011 que establece el procedimiento para identificar y corregir desequilibrios macroeconómicos en cualquier Estado de la UE, y el Reglamento (UE) nº 1174/2011 que

supervisión destinado a prevenir, identificar en el momento preciso y, en su caso, subsanar los desequilibrios macroeconómicos que pudieran producirse.

- Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG) y two pack<sup>264</sup>

Un segundo instrumento clave en materia de reforma de la política fiscal europea, el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG), fue ratificado como instrumento intergubernamental en marzo de 2012 por todos los Estados de la UE, a excepción de la República Checa y el Reino Unido. Ha supuesto la asunción por las partes del compromiso de incorporar las normas y principios de la UE en materia de supervisión presupuestaria a sus respectivos marcos jurídicos nacionales. En concreto, los Estados se han comprometido a establecer los principios básicos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento en sus ordenamientos jurídicos nacionales “a través de disposiciones de carácter vinculante y permanente”<sup>265</sup>.

---

establece un mecanismo sancionador para los Estados del área euro con desequilibrios “excesivos” que incumplan las recomendaciones efectuadas dentro del procedimiento de desequilibrio macroeconómico, en la medida en que tales desequilibrios pueden afectar al funcionamiento de la UEM. La identificación de eventuales desequilibrios comienza con la elaboración por parte de la Comisión del llamado “Informe sobre el Mecanismo de Alerta” y concluye con la adopción por parte del Consejo de las conclusiones sobre dicho informe.

En noviembre de 2016, la Comisión inició exámenes exhaustivos de 13 Estados. La conclusión de los exámenes es (febrero 2017):

- Se observan desequilibrios económicos excesivos en: Bulgaria, Francia, Croacia, Italia, Portugal y Chipre.
- Se observan desequilibrios económicos en: Alemania, Irlanda, España, Países Bajos, Eslovenia y Suecia.
- No se observan desequilibrios económicos en: Finlandia.

Véase: <https://ec.europa.eu/info/node/4320/>

<sup>264</sup> Para un estudio del TECG puede verse, entre otros trabajos: Martin y Pérez de Nanclares, J. (2012), “El Nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UEM: Reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados constitutivos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 42, pp. 397-430; Carrera Hernández, F.J. (2012), “El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: ¿un impulso a la realización de la Política Económica de la Unión Europea o un tratado superfluo e innecesario?” *Revista General de Derecho Europeo*, nº 28, octubre, pp. 1-40; Closa Montero, C. J. (2012), “Jugando a ratificar: las reglas de entrada en vigor del nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza del euro”, *Real Instituto Elcano*, ARI 15/2012 de 7/3/2012; De Gregorio Merino, A. (2013), “El Derecho de la Unión y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 45, pp. 27-60; Gómez Urquijo, L. (2013), El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza dentro del nuevo marco condicional de cohesión social en la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 44, Enero/Abril.

<sup>265</sup> Extraño concepto este de permanente aplicado a una norma jurídica interna que como todas debe aspirar a ser tan permanente como sea deseable, según la voluntad del legislador. Extraño y controvertido término este de permanente, cuya indeterminación jurídica y pretensiones nos llevan a pensar en el poeta W.H. Auden cuando dice que “un destino permanente se desconoce aun cuando éste pueda existir” o incluso cuando pudiera ser deseable.

En cualquier caso, los motivos de esta vehemencia han de buscarse en el fracaso del anterior sistema, cuando en 2003 se renunció a sancionar a Alemania y Francia por sus incumplimientos y, en la voluntad

La principal novedad es, a nuestro juicio, la creación de un organismo independiente de control que garantice la observancia de los objetivos presupuestarios dentro de la vertiente preventiva del Pacto y como mecanismo nacional de corrección.<sup>266</sup>

Nacido como acuerdo *inter se*, el TECEG, en vigor desde el 1 de enero de 2013, prevé que sus disposiciones se integren en el ordenamiento de la Unión en un plazo de cinco años.<sup>267</sup> Algunos de sus elementos, aplicables a los Estados euro, han sido incorporados en otro paquete legislativo, el conocido como *two-pack*, que complementó la reforma del *six-pack* en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento<sup>268</sup> con la aprobación de sendos reglamentos<sup>269</sup> con los que no se trata de añadir nuevas reglas de fondo a las del *six pack*, sino de mejorar la coordinación y la supervisión presupuestaria dentro de la UEM (sólo zona euro), completando y reforzando el PEC y el Semestre Europeo.

Los dos reglamentos se dirigen a (1) establecer normas para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro; y, (2) reforzar la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades. Como ya hemos visto anteriormente al analizar el Semestre Europeo, conforme al primero de los dos reglamentos integrantes del paquete, se establece un calendario presupuestario común para la zona euro (con la obligación de presentar los proyectos de

---

de establecer un mayor automatismo en las sanciones que fortaleciese la rigidez de las reglas y su percepción.

<sup>266</sup> En España, la AIREF creada por la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (BOE núm. 274, de 15.11.2013). <http://www.airef.es>

<sup>267</sup> Es preciso hacer notar la utilización de un instrumento internacional, fuera de la lógica institucional UE, en este caso, unido al corolario necesario, la recepción en el derecho interno de los Estados (que en puridad tampoco sería necesario, al menos en España).

Véase al respecto Martínez Capdevila, C. (2011). "¿Son los acuerdos *inter se* una alternativa a la cooperación reforzada en la UE? Reflexiones al hilo del Tratado de Prüm". *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 40, 419-439. Saénz de Santamaría, P.A. (2013). "El tiempo de las cooperaciones reforzadas y los acuerdos *inter se* en la Unión Europea: ¿todos los instrumentos llevan a la integración?". *La Ley Unión Europea*, mes 10, págs. 5-28.

<sup>268</sup> Véase al respecto, Remiro Brotóns, A., *El dilema de la Unión Europea*, Madrid, 2013.

<sup>269</sup> Se trata de los dos reglamentos siguientes:

Reglamento (UE) nº 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 del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades (DO L 140 de 27.5.2013).

Reglamento (UE) nº 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro (DO L 140 de 27.5.2013).

presupuestos a la Comisión antes del 15 de octubre, para su evaluación conforme a las reglas fiscales). En el segundo de los reglamentos, se refuerzan los procedimientos de supervisión y vigilancia para los Estados miembros que experimenten graves dificultades con respecto a su estabilidad financiera.

Para cerrar este círculo de reformas, todos estos mecanismos de vigilancia económica, presupuestaria y estructural, que antes se evaluaban por separado, son activados ahora durante los seis primeros meses de cada año, en coherencia con el Semestre Europeo al que nos referíamos más arriba.

En definitiva, se trata de una amplia reforma de la política fiscal europea, a partir de un conjunto heterogéneo de instrumentos jurídicos, algunos propios del Derecho de la Unión y otros de carácter intergubernamental o, incluso, nacional, como la propia normativa de elaboración presupuestaria de los Estados que busca hacer más estricto y automático el cumplimiento de las reglas fiscales<sup>270</sup>.

c) La asistencia financiera. Mecanismos y programas nacionales.

Finalmente es preciso llevar a cabo una breve recapitulación de los mecanismos europeos de apoyo financiero y de los programas de asistencia que se han puesto en práctica desde las primeras manifestaciones de la crisis.

- Mecanismos de Apoyo Financiero<sup>271</sup>

En 2010 se establecieron dos mecanismos temporales de asistencia financiera (“rescate”): el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (MEEF) y la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF). En 2012 se estableció un tercer mecanismo con pretensión de durabilidad, nos referimos al Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE).

---

<sup>270</sup> Frente a la perspectiva crítica que reclama que sería la combinación de reglas y flexibilidad la que mitigaría la fragilidad derivada del carácter incompleto de la Unión Monetaria.

<sup>271</sup> Véase la sentencia sobre *Grecia* y la sentencia *Pringle* que se comentan en la tercera parte de este trabajo.

## MEEF<sup>272</sup>

El MEEF se configuró como un instrumento de apoyo financiero respaldado por los recursos del presupuesto de la UE (hasta 60.000 millones de euros), que tiene su base en los Tratados (art. 122.2 TFUE). La ayuda financiera –en un programa conjunto con el FMI- se llevaría a cabo mediante un préstamo o línea de crédito aprobado por el Consejo a propuesta de la Comisión, y estaría sujeta a condicionalidades (condiciones generales de política económica y programa de ajuste).

## FEEF

En cuanto a la FEEF, se estableció bajo la forma de sociedad anónima, constituida en Luxemburgo, propiedad de los Estados miembros de la zona del euro, cuyo funcionamiento viene regulado en un acuerdo intergubernamental<sup>273</sup> y cuya capacidad de préstamo -inicialmente hasta 440.000 millones de euros y articulado mediante emisiones de deuda del FEEF- es respaldada exclusivamente por las garantías de los Estados miembros participantes, que sólo pueden ser los Estados miembros de la zona del euro. Desde el 30 de junio de 2013 el FEEF no puede participar en nuevos programas de asistencia, solo gestionar las obligaciones pendientes, al haber sido sustituido por el MEDE.

## MEDE<sup>274</sup>

Por último, los Estados han creado el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE o ESM en sus siglas en inglés), un mecanismo permanente de protección financiera de la zona del euro, con personalidad jurídica propia, que se puso en marcha en octubre de 2012<sup>275</sup>. Para ello fue necesaria la previa modificación del art. 136 TFUE por el

---

<sup>272</sup> Se estableció mediante Reglamento (UE) No 407/2010 del Consejo de 11 de mayo de 2010 por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera (DO L 118 de 12.5.2010).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02010R0407-20150808&from=ES>

<sup>273</sup> Acuerdo previo del Consejo ECOFIN de 9 de mayo de 2010 (afecta a miembros del EURO) y Acuerdo Marco sobre el FEEF, en vigor desde 4 de agosto de 2010 (reformado dos veces). Beneficiarios: Irlanda, Grecia, Portugal (todos ellos con programa) y España.

[http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-11824](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-11824)

<sup>274</sup> Para más información sobre los instrumentos del MEDE:

<https://www.esm.europa.eu/assistance/lending-toolkit>

<sup>275</sup> El 27 de noviembre de 2012, el Tribunal de Justicia confirmó que el Tratado MEDE se ajusta al Derecho vigente de la UE (STJ de 27 de noviembre de 2012, as. Thomas Pringle c. Irlanda, C-370/12).

procedimiento de revisión simplificado previsto en el art. 48.6 TUE. La Decisión 2011/199 de 25 de marzo de 2011 contempló que se añadiese un inciso tercero al mencionado art. 136 con el siguiente tenor literal.

“3. 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.”

Una vez adoptadas las medidas internas necesarias conforme a los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros, la creación del mecanismo de estabilidad permanente se efectuó mediante un tratado internacional (Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012<sup>276</sup>. Su finalidad se establece en el art. 3 de su Tratado constitutivo<sup>277</sup>, y consiste esencialmente en proporcionar asistencia como apoyo a la estabilidad financiera y bajo condiciones,

La finalidad del MEDE será movilizar fondos y proporcionar apoyo a la estabilidad, bajo una estricta condicionalidad, adaptada al instrumento de asistencia financiera elegido, a los miembros del MEDE que experimenten o corran el riesgo de experimentar graves problemas de financiación, cuando ello sea indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto y de sus Estados miembros. Con este fin, el MEDE estará facultado para obtener fondos a través de la emisión de instrumentos financieros o mediante la celebración de acuerdos o convenios de índole financiera o de otro tipo con sus propios miembros, entidades financieras u otros terceros.

El MEDE es considerado como el mayor “cortafuegos” regional del mundo (500.000 millones de euros de capacidad de préstamo, sobre la base de un capital suscrito por los Estados miembros de 700.000<sup>278</sup> millones y desembolsado de 80.000); su propósito es salvar de eventuales situaciones de impago a los Estados miembros que experimenten dificultades financieras.

En función de lo negociado con la Comisión y el BCE por cada Estado miembro demandante de ayuda financiera, detallado en un memorándum de entendimiento, el MEDE llevará a cabo distintas acciones y la condicionalidad será también diferente. Entre los instrumentos, el MEDE puede: facilitar préstamos a los Estados del área euro;

---

<sup>276</sup> Sobre las reglas de su entrada en vigor véase Closa, C. (2012), “Jugando a ratificar: las reglas de entrada en vigor del nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza del euro”, *Real Instituto Elcano*, ARI 15/2012 de 7/3/2012.

<sup>277</sup> Véase el Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 239 de 4 de octubre de 2012. <https://www.boe.es/boe/dias/2012/10/04/pdfs/BOE-A-2012-12378.pdf>

<sup>278</sup> En el caso de España, la participación en el MEDE es del 11,9037%, al haber suscrito acciones por 83.325.900.000 euros (Fuente: Ministerio de Economía, Industria y Competitividad).



intervenir en los mercados primarios –a diferencia del BCE- o secundarios de deuda; conceder líneas de crédito como “asistencia precautoria”; o, facilitar asistencia a los gobiernos mediante préstamos para la recapitalización de entidades. Se estableció sobre las bases e instrumentos del MEEF (aunque con rasgos diferentes) que tenía un carácter temporal. Como decíamos, en cada programa se establecen a través de un memorando de entendimiento (*Memorandum of Understanding* o MOU en sus más conocidas siglas en inglés) diferentes condicionalidades y fórmulas de supervisión, a modo de comprobación de que el Estado en cuestión avanza hacia la estabilidad financiera.

Finalmente, cabe mencionar la adopción en diciembre de 2014 y dentro del segundo pilar de la Unión Bancaria de un mecanismo de recapitalización directa de entidades de crédito sistémicas con problemas pero viables y como último recurso. El objetivo de tal instrumento es desligar el riesgo soberano del riesgo bancario, evitando el factor desestabilizador de la contabilización como deuda del Estado de la entidad con problemas. La recapitalización directa a través del MEDE tendrá lugar sólo si los accionistas y acreedores han asumido cargas conforme a la Directiva de Resolución Bancaria y han contribuido los fondos nacionales o europeo de resolución. El límite disponible en el nuevo instrumento será de 60.000 millones de euros.

#### - Programas de Asistencia Financiera

Los siguientes Estados han recibido programas de asistencia financiera y se encuentran actualmente en diferentes situaciones de vigilancia del cumplimiento.

- Actualmente Irlanda (Programa de asistencia financiera UE/FMI), Portugal y Chipre (“programa de ajuste económico”), así como España<sup>279</sup> (“programa para la recapitalización de entidades financieras”) se encuentran en los llamados *Post-programme surveillance* (PPS), después de salir de los respectivos programas de asistencia financiera. Rumanía también está en PPS, pero después de un programa de asistencia precautoria dentro del mecanismo de balanza de pagos.

---

<sup>279</sup> EL texto del MOU firmado en 2012 en nombre de España por el Ministro de Economía y Competitividad y el Gobernador del Banco de España puede encontrarse en: [http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2012/120720\\_MOU\\_espanyol\\_2\\_rubrica\\_MECC\\_VVV.pdf](http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2012/120720_MOU_espanyol_2_rubrica_MECC_VVV.pdf)

- Por su parte, Hungría y Letonia han salido de estos (PPS) en los que estaban tras haber recibido asistencia financiera mediante el mecanismo de balanza de pagos para países no euro (Letonia se incorporó con posterioridad a la zona euro).
- Grecia sigue en un Programa de Asistencia Financiera, el tercer programa de ajuste económico (UE-FMI)<sup>280</sup>.

### 3.2.3 La integración financiera europea desde la crisis.

a) El sistema financiero y la actuación de la UE durante la crisis.

La UEM se estableció inicialmente sobre dos pilares, la unión monetaria y la coordinación de políticas económicas, en concreto, la coordinación de políticas fiscales

---

<sup>280</sup> Debe apuntarse que Grecia se encuentra actualmente bajo el tercer programa de asistencia financiera, aprobado en 2015. Los anteriores se aprobaron en 2010 y 2012. Sus principales características son:

*2010.* Después de largas y difíciles negociaciones el *primer programa de asistencia* a Grecia se aprobó en el Eurogrupo del 2 de mayo de 2010 y consistió en préstamos bilaterales centralizados por la Comisión Europea (77.300 millones de euros más otros 30.000 adicionales a través del FMI). Adicionalmente en julio de 2011 se estableció por la Comisión Europea un grupo de asistencia técnica (task force, diferente de la llamada Troika compuesta por Comisión Europea, BCE y FMI para el diseño y seguimiento político de la asistencia). Este grupo, que asesoraría y formularía recomendaciones a las autoridades griegas fue reemplazado por el denominado *Structural Reform Support Service*.

*2012.* En marzo de 2012 el Consejo ECOFIN aprobó el *segundo programa de asistencia* con un montante adicional al saldo vivo de 130.000 millones de euros para el período 2012-2014. El programa no estaría compuesto de préstamos bilaterales sino financiado por la FEEF y por el FMI (19.800 millones de euros dentro de un programa cuatrianual de 28.000). El programa se extendió hasta el 30 de junio de 2015 con un montante final de 164.500 millones de euros. Un elemento importante de este programa fue la participación del sector privado (*private sector involvement* o PSI) al objeto de contribuir a la sostenibilidad de la deuda griega. La asistencia financiera se facilitaría en función del cumplimiento de objetivos cuantitativos y de la evaluación positiva del progreso de los hitos incluidos en la condicionalidad económica (Decisión del Consejo 2011/734/EU de 12 de julio de 2011 enmendada posteriormente en varias ocasiones y MOU). Después de su prolongación en febrero de 2015 y de las negociaciones infructuosas entre los acreedores y el nuevo Gobierno de la República Helénica el programa decayó el 30 de junio de 2015.

*2015.* El Gobierno de Grecia solicitó un *tercer programa de asistencia* en julio de 2015. Previa concesión de un préstamo puente para cubrir las necesidades financieras a corto plazo, el tercer programa de asistencia, actualmente vigente fue aprobado por el Consejo ECOFIN el 14 de agosto de 2015, comenzó el 19 de agosto de 2015 y está programado hasta el 20 de agosto de 2018, con una asistencia financiera prevista de hasta 86.000 millones de euros bajo programa MEDE y las correspondientes condicionalidades.

Para una información más completa de los programas de asistencia a financiera a Grecia puede verse.

[https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-financial-assistance/which-eu-countries-have-received-assistance/financial-assistance-greece\\_en#first-programme-for-greece](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-financial-assistance/which-eu-countries-have-received-assistance/financial-assistance-greece_en#first-programme-for-greece)

En cuanto a la información específica inicial sobre cada uno de los tres programas:

- Documento inicial de la Comisión sobre el Primer Programa de Asistencia a Grecia  
[http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en\\_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=KCAH10061](http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=KCAH10061)

- Documento inicial de la Comisión sobre el Segundo Programa de Asistencia a Grecia:  
[http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/occasional\\_paper/2012/pdf/ocp94\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2012/pdf/ocp94_en.pdf)

- MOU de 19 de agosto de 2015 (tercer programa)

<https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/2015-08-19gr-esm-ffapublicationversion.pdf>

- MOU suplementario al de 19 de agosto de 2015 (16 de junio de 2016)

[http://ec.europa.eu/info/sites/info/files/ecfin\\_smou\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/info/sites/info/files/ecfin_smou_en.pdf)

a partir de unas determinadas reglas. Por su parte, y sin perjuicio de las competencias del BCE sobre estabilidad financiera contempladas a partir de Maastricht, la perspectiva hacia el sector financiero fue, ya muchos años antes de la UEM, sobre todo a partir de los años 80, la de la progresiva integración de los mercados financieros, especialmente mediante la garantía de la libre prestación de servicios y de la libertad de movimientos de capital como dos de las cuatro libertades “clásicas” o fundamentales de naturaleza económica sobre las que se asienta la UE (CEE)<sup>281</sup>. La unión monetaria hizo más necesaria si cabe la integración financiera, en la medida en que, al configurarse como una unión incompleta (sin unión fiscal) y desde una perspectiva ortodoxa, constituye el principal mecanismo para compartir riesgos y compensar los eventuales shocks asimétricos que pudieran producirse en las economías de la eurozona. La crisis surgida a partir de 2008 y especialmente su segunda parte (crisis de deuda soberana y crisis del euro) incorpora en todos los análisis una vinculación mucho más estrecha entre la unión monetaria y el sector financiero, a medida que la fragmentación financiera de la zona euro repercute negativamente en la transmisión de la política monetaria.

En consecuencia, el primer motivo por el cual es preciso referirse a política financiera es la imposibilidad de separar la tríada de cuestiones monetarias, fiscales y financieras en cualquier análisis actual sobre el gobierno económico de la UE. No en vano, se viene propugnando que el tercer vector de salida de la crisis es la Unión Bancaria como elemento indispensable para acabar con la fragmentación financiera y, en último caso, para evitar la llamada dominancia financiera, es decir, que en lugar de ser la perspectiva monetaria la que domine la política monetaria, esta venga marcada por necesidades derivadas de las turbulencias provocadas por la inestabilidad financiera.

Adicionalmente, o precisamente por ello, hay un segundo motivo que justifica el repaso de la política financiera: la continua alusión que se hace a la preservación de la estabilidad financiera tanto en los textos técnicos y jurídicos, como en las declaraciones políticas hace necesario preguntarse por el origen de los riesgos, por las causas de la inestabilidad –como vimos en la parte de contextualización histórica-, lo que conduce

---

<sup>281</sup> Así se entiende por ejemplo su dependencia estructural de la DG de Mercado Interior o su apelativo “Servicios Financieros” (prestación de servicios).

en último lugar a una reflexión sobre el paradigma<sup>282</sup> de sistema financiero vigente, es decir, sobre sus fundamentos más o menos sólidos, pero, sobre todo, sobre el concepto o función propia del sistema financiero, cuestión a menudo indiscutida entre especialistas, pero desde luego no indiscutible. Así, del mismo modo que al hablar de la vigente configuración legal de la política monetaria tuvimos que constatar lo “no vigente” (la decisión sobre lo no vigente forma también parte de lo vigente), las limitaciones establecidas a partir de lo “ya decidido”, al hablar de política financiera debemos tener en cuenta apreciaciones similares. Debemos preguntarnos, por ejemplo, si el grado de confianza en el funcionamiento de los mercados financieros, la falta de observación de ciertas tendencias<sup>283</sup>, la empatía con los “sentimientos” del mercado, la decisión de no regular ciertas materias, de no restringir ciertas actividades o de delimitar cuál ha de ser y no ser la intervención pública no son también parte del Derecho positivo o esquema de gobierno vigente, y preguntarnos también, finalmente, qué relación existe entre paradigma financiero y estabilidad financiera.

En primer lugar tendremos que referirnos a la regulación y la supervisión financiera. En un *primer momento*, el enfoque de la UE (a iniciativa de la Comisión) fue el de recuperar la estabilidad de los mercados financieros (y controlar la excesiva volatilidad). A tal fin, se trató de colmar el vacío dejado por algunas de las lagunas de la regulación, así como de “fortalecer” la supervisión (a través del sistema europeo de supervisores financieros). Estos primeros movimientos se encuadran en el contexto de una mayor coordinación internacional que se materializó, entre otras medidas, con la revitalización del G-20<sup>284</sup> y la transformación del Foro de Estabilidad Financiera (*Financial Stability Forum* o *FSF*) en el Consejo de Estabilidad Financiera (*Financial Stability Board* o *FSB*), cómo organización de carácter permanente.

En un *segundo momento*, la dominancia financiera, el contagio soberano-bancario muestra la directa vinculación que existe en una UEM entre política monetaria, fiscal y

---

<sup>282</sup> Sobre el concepto de paradigma con carácter general véase Barbé (2006: 51); este concepto kuhniano es utilizado según Barbé “de modo equivalente a aproximación o concepción global del objeto estudiado”, es decir, para referirse a la batalla entre “imágenes del mundo” o “constelaciones de ideas en competencia”.

<sup>283</sup> Como la fijación en la directa relación oferta de dinero-inflación y no, por ejemplo, en la evolución del crédito vinculada a la existencia de una elevada liquidez o en la asunción de riesgos en los balances bancarios. Dicho de otra forma, el desequilibrio entre la atención concedida a la estabilidad de precios y la concedida a la estabilidad financiera.

<sup>284</sup> Creado en 1999.

financiera<sup>285</sup>. Entonces se plantea la necesidad de una Unión Bancaria (y más adelante y quizás con menor impulso, aunque como lucha contra la fragmentación financiera, de una Unión de Mercados de Valores). Teniendo en cuenta estas dos fases de reacción, una primera actuación europea sobre las lagunas de la regulación y el fortalecimiento de la regulación, y una segunda dedicada a la creación de la Unión Bancaria, nos referiremos a tres bloques: regulación, supervisión y Unión Bancaria (que contiene elementos de regulación, *single rule book* y fondo de garantía de depósitos (EDIS), de supervisión y de resolución de entidades de crédito). Plantearemos al final, aun brevemente, la cuestión sobre el paradigma financiero, que podríamos definir como el concepto y función que se le atribuye en el Derecho vigente, la economía y la sociedad al sistema financiero<sup>286</sup>, y que ocupará buena parte de nuestro análisis crítico de la tercera parte.<sup>287</sup>

---

<sup>285</sup> La paradoja es que en un primer momento la agenda financiera parecía venir marcada por una reflexión sobre el paradigma financiero (aunque fuera mediante aquel tibio “refundar el capitalismo” de Sarkozy) que había generado un grave episodio de inestabilidad y crisis; sin embargo, la expansión de la inestabilidad a la zona euro parece llevar el centro de la agenda a las cuestiones fiscales y no tanto a los factores que potencialmente resultan perturbadores de la estabilidad financiera, y ello, por mucho que se constate que es necesaria una Unión Bancaria en tanto que la fragmentación de la supervisión y la regulación financiera ha contribuido a la crisis de la eurozona.

<sup>286</sup> A partir de la pregunta por el paradigma financiero surgen cuestiones como cuál es su finalidad última dentro del conjunto de instituciones sociales, qué límites (a la libertad positiva) se establecen en él a partir de la definición de esa finalidad o función dentro del conjunto de la economía o, más concretamente, cómo se materializa en la división de funciones entre autoridades públicas y privadas (por ejemplo, entre supervisores y mercados), algo que en cierta medida también aporta claves sobre el origen de la inestabilidad financiera y las posibilidades de gobierno económico.

<sup>287</sup> Escapan a nuestra exposición muchos otros ámbitos a los que se dirige (o debiera dirigirse) la política financiera. Entre otros: la normativa de ordenación, transparencia y prudencial de las compañías aseguradoras y los fondos de pensiones, el funcionamiento de los mercados de valores (incluidas las infraestructuras de mercado y las normas sobre compensación y liquidación de valores); las normas de transparencia y protección a los consumidores o usuarios de servicios financieros; el derecho aplicable a las sociedades cotizadas; las normas de gobierno corporativo; el régimen jurídico de los pagos; los asuntos de contabilidad y auditoría; las cuestiones relativas a los movimientos de capital o flujos financieros internacionales; el régimen fiscal de ciertos instrumentos financieros (SICAV, SOCIMI, etc.); o, la delincuencia financiera. Sobre este último aspecto, la delincuencia financiera, nótese que se trata de una multiplicidad de aspectos relacionados con la libertad de movimientos de capital, es decir, con flujos ilícitos como el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, pero también a otro tipo de conductas muy variadas que van desde la falsedad contable hasta la estafa y desde la manipulación del mercado al uso de información privilegiada, manipulación del LIBOR, abuso de mercado, *insider trading*, etc., por no hablar de la evasión fiscal –paraísos fiscales– y su pariente legal, la elusión fiscal.

b) La regulación financiera europea<sup>288</sup>

- Asuntos bancarios. La regulación de los requerimientos de capital de las entidades de crédito: del Acuerdo Basilea III<sup>289</sup> al *single rule-book*<sup>290</sup>

En primer lugar se abordó el reforzamiento de la cooperación entre los supervisores de los Estados miembros y la introducción de incentivos para la adecuada gestión del riesgo de las titulizaciones, que habían estado en el epicentro del origen de la crisis. Más adelante, una segunda reforma<sup>291</sup>, efectuada sobre la base de los trabajos del FSB, abordó la dimensión prudencial de las políticas de remuneraciones. Finalmente, una nueva revisión tuvo su origen en el Acuerdo Basilea III, teniendo en cuenta las peculiaridades del sector financiero europeo. Bajo la nueva regulación, las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión deberán contar con más recursos propios y de mayor calidad. Además, se vigilará su nivel de apalancamiento para que no supere cotas excesivas. También deberán dotarse de capital adicional, en función de la coyuntura, para evitar los efectos de restricción del crédito que se ocasionan en etapas en las que se produce un deterioro de sus balances, como en las etapas de recesión. Por

---

<sup>288</sup> Véase la Comunicación “*Un sector financiero reformado para Europa*” COM/2014/0279: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52014DC0279> y, para más detalle, el documento interno de trabajo ‘Economic Review of the Financial Regulation Agenda’ [http://ec.europa.eu/finance/general-policy/docs/general/20140515-erfra-communication\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/finance/general-policy/docs/general/20140515-erfra-communication_en.pdf)

<sup>289</sup> El Comité de Basilea de Supervisión se creó como Comité de Regulación y Prácticas supervisoras en 1974. Sobre su evolución, véase Caruana, J. y K. Cordewener (2011), “La historia del Comité de Basilea en materia de regulación de la solvencia: retos pasados, presentes y futuros”, *Perspectivas del sistema financiero*, nº 102, pp. 1-16.

<sup>290</sup> Véase Anexo II.

<sup>291</sup> La normativa de solvencia bancaria ha sido sucesivamente reformada entre otras por (véase Anexo I):

- Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2007/64/CE en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis (CRD II)
- Directiva 2010/76/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE en lo que respecta a los requisitos de capital para la cartera de negociación y las titulizaciones y a la supervisión de las políticas de remuneración (CRD III)
- Reglamento (UE) Nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 (DOUE de 27 de junio de 2013). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:02013R0575-20160719>
- Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (DOUE de 27 de junio de 2013).<sup>291</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32013L0036>

último, nuevas y mayores facultades de vigilancia de los supervisores permitirán un control más estrecho y la adopción de medidas tempranas.

En la parte dedicada a la supervisión nos ocuparemos del llamado *Código normativo único* o *single rule book*, cuyo objetivo fue el de configurar un corpus normativo que garantizase una aplicación homogénea de las normas de Basilea III recogidas por el Derecho de la Unión Europea

- Lagunas regulatorias

Además de los aspectos bancarios (insuficiente regulación o al menos insuficiente dotación de capital y cuestionamiento de ciertos modelos bancarios), entre los ámbitos a los que se dirigió la actuación de la UE en la primera fase de la crisis, con la intención de regular ciertas lagunas identificadas como propiciatorias o propagadoras de la crisis en el ámbito de los mercados de valores, destacan: las agencias de calificación crediticia, los *hedge funds*<sup>292</sup> o fondos de inversión alternativos, los derivados negociados en mercados no organizados (OTC, *over the counter*<sup>293</sup>), la práctica de las llamadas ventas en corto (*short selling*<sup>294</sup>), y, sólo posteriormente, la llamada banca en la sombra (*shadow banking*<sup>295</sup>, financiación no bancaria no regulada).

En cuanto a las *agencias de calificación*, a las que nos referiremos en la última parte de este trabajo, el enfoque regulatorio se basó, por un lado, en constatar que las calificaciones resultan indispensables para las decisiones de inversión y, por otro, reconocer que convenía mejorar la regulación, tanto de las propias agencias de

---

<sup>292</sup> Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2011 relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) no 1060/2009 y (UE) no 1095/2010.

<sup>293</sup> Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02012R0648-20170401>

<sup>294</sup> Reglamento (UE) n° 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de marzo de 2012 sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:02012R0236-20140917>

<sup>295</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al parlamento Europeo, “El sistema bancario en la sombra. Hacer frente a nuevas fuentes de riesgo en el sector financiero”. (COM/2013/0614 final), adoptada 4 septiembre de 2013.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52013DC0614>

Sobre el llamado shadow banking puede verse: Palan, R. & A. Nesvetailova (2004). “Elsewhere, Ideally Nowhere: Shadow Banking and Offshore Finance”. *Politik* (City University London), 16 (4), 26-34; Bakk-simon, K, S.borgioli, C. Giron et al. (2012). “Shadow Banking in the Euro Area. An Overview”. *ECB Occasional paper Series*, n° 133, abril.

calificación, como de la utilización de sus calificaciones. En la fase de estudio se analizaron cuestiones como la existencia de un oligopolio entre las tres grandes agencias, la posibilidad de creación de una agencia pública de calificación o incluso la atribución de tal función al BCE. Finalmente, se aprobó por primera vez un Reglamento<sup>296</sup> (modificado posteriormente) que regulaba este tipo de intermediarios financieros; la regulación se centró en la eliminación de los posibles conflictos de interés -a través de normas de transparencia y de gobierno interno-, así como en el establecimiento de esquemas de supervisión de su actuación (función que atribuyó a la ESMA, la Autoridad Europea de Supervisión de Mercados y Valores).<sup>297</sup>

Dos de los aspectos en los que el análisis de las agencias de calificación se ha centrado más detenidamente, han sido la necesidad de coordinación a nivel internacional y la reducción de la dependencia y la confianza automática en las agencias a efectos inversores, tratando entre otras medidas de mitigar el incentivo a dicha confianza proveniente de la propia legislación. Toda vez que la actuación de las agencias y su propia estructura societaria y funcionamiento se produce a través de distintas jurisdicciones y de la importancia que en medios inversores se otorga a sus calificaciones, la contención jurídica de su actuación por parte de los poderes públicos de ámbito nacional resulta imposible y en caso de los europeos, sumamente problemática.

Antes de referirnos más detenidamente al establecimiento de una Unión Bancaria repasaremos –todavía dentro de la primera fase, poscrisis- las cuestiones relativas a la creación del sistema de supervisión financiera europea.

c) La supervisión financiera. De los colegios de supervisores a la nueva arquitectura europea de supervisión financiera.

- Los colegios de supervisores financieros.

---

<sup>296</sup> Reglamento (CE) n° 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia.

<sup>297</sup> Instituciones internacionales como IOSCO ya habían publicado códigos de conducta en parecido sentido. Sobre ESMA véase Adamski, D. (2014). “The ESMA Doctrine: a Constitutional Revolution and the Economics of Delegation”. *European Law Review*, n° 6, 812-834.



En pocos ámbitos ha evolucionado tan rápidamente la integración europea como en el de la integración de los supervisores financieros (en sus tres sectores: banca, mercados de valores y seguros y fondos de pensiones). Hasta el año 2010 el sistema vigente fue el de colegios de supervisores, un mecanismo de colaboración entre los supervisores nacionales que hacía posible su actuación coordinada sobre entidades con relevancia transnacional que operasen en virtud de la libre prestación de servicios o del derecho de establecimiento, es decir, del llamado pasaporte comunitario que permite que una entidad autorizada en un Estado miembro según reglas comunes opere en todo el territorio comunitario.

- Sistema Europeo de Supervisión Financiera.

Como señalaba Luis Hinojosa en un profético artículo en 2003, en el que reclama la necesidad perentoria de una armonización normativa sobre la supervisión financiera, “si se produjese una importante crisis bancaria en la Comunidad, se podrían de manifiesto las insuficiencias del modelo actual”; de manera que, de no acometerse, cabría esperar, decía el autor, que fueran los mercados quienes impusiesen la unificación supervisora.<sup>298</sup>

En octubre de 2008 la Comisión Europea confirió a un grupo de expertos presidido por Jacques de Larosière la tarea de elaborar un informe sobre el futuro de la legislación y la supervisión comunitaria en materia financiera como respuesta a la situación evidenciada por la crisis financiera. El informe puso de manifiesto que la crisis se había producido por una interacción de factores, entre ellos los fallos en la regulación y la supervisión a escala europea, frente a los cuales reclamó las oportunas mejoras en sendas actividades. Y en este punto propuso el establecimiento de una estructura de supervisión europea basada en dos pilares fuertemente interconectados:

- (1) el *micro-prudencial*, caracterizado por la creación de un verdadero Sistema Europeo de Supervisores Financieros, integrado por los supervisores nacionales y por tres nuevas autoridades paneuropeas creadas a partir de los anteriores tres Comités sectoriales de nivel 3 (banca, valores y seguros); y,

---

<sup>298</sup> Véase Hinojosa Martínez, L. (2003), “La unificación de la supervisión prudencial de las entidades de crédito en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 5, pp. 91-122.

(2) el *macro-prudencial*, a través de la constitución de un órgano con funciones consultivas, la Junta o Consejo Europeo de Riesgo Sistémico (ESRB, en adelante, en sus siglas en inglés comúnmente utilizadas), encargado de analizar datos y asesorar al conjunto de instituciones en materia macro-prudencial, en aras a prevenir y mitigar riesgos sistémicos y contribuir a la estabilidad financiera.

La reforma no estuvo exenta de controversia, en la medida en que suponía una renegociación o redistribución del poder financiero de los Estados miembros<sup>299</sup> y de los agentes privados, mediante normas que, cuando menos, planteaban una reflexión sobre los límites de lo posible dentro del ordenamiento comunitario, sin acudir a una revisión de los Tratados. Se articuló jurídicamente a través de: un reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo y otro del Consejo (en tanto que se encomendaban funciones al BCE) para la reforma de la macro-supervisión; y, tres reglamentos para la reforma de la micro-supervisión. Posteriormente se aprobó una Directiva para tratar las modificaciones concretas derivadas de la reforma que debían introducirse en la normativa sectorial.<sup>300</sup>

Analicemos brevemente ambos pilares:

---

<sup>299</sup> Se formaron dos grandes bloques de motivaciones y contenidos heterogéneos; a grandes trazos cabe incluir a Alemania, Reino Unido y España en el primero y a Francia e Italia en el segundo.

<sup>300</sup> El paquete de supervisión se aprobó inicialmente a través de las siguientes normas:

- Reglamento (UE) n° 1092/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico.
- Reglamento (UE) n° 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 no 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión.
- Reglamento (UE) n° 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 n° 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/79/CE de la Comisión.
- Reglamento (UE) n° 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 n° 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión.
- Reglamento (UE) n° 1096/2010 del Consejo, de 17 de noviembre de 2010, por el que se encomienda al Banco Central Europeo una serie de tareas específicas relacionadas con el funcionamiento de la Junta Europea de Riesgo Sistémico
- Directiva 2010/78/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por la que se modifican las Directivas 98/26/CE, 2002/87/CE, 2003/6/CE, 2003/41/CE, 2003/71/CE, 2004/39/CE, 2004/109/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2009/65/CE en relación con las facultades de la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación) y la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados)

(1) Supervisión macro-prudencial. Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS/ESRB)<sup>301</sup>

Destacamos tres aspectos fundamentales: sus funciones y atribuciones, su composición y el papel del BCE en dicha Junta.

En primer lugar, en cuanto a sus *funciones*, el ESRB se constituyó con el objetivo de evaluar los potenciales riesgos para la estabilidad financiera desde una perspectiva de macro-supervisión, con el fin de mitigarlos y prevenirlos y de evitar desequilibrios en el sistema financiero como los que habían producido la crisis. Como objetivo último del ESRB se estableció el de contribuir al adecuado funcionamiento del sistema financiero como motor del crecimiento económico.

Entre sus *atribuciones* se incluyen dos competencias de relevancia:

- El ESRB podrá contar con la información obtenida por el BCE y podrá requerir información a las autoridades europeas de supervisión, a los bancos centrales nacionales, a los supervisores nacionales y a cualquier otra autoridad de los Estados miembros. Además, podrá solicitar, de forma justificada, información sobre entidades individuales que considere que poseen carácter sistémico.
- El ESRB podrá, en caso de considerarlo oportuno, emitir advertencias y recomendaciones no vinculantes, tanto de carácter general como individualizadas, a los Estados miembros, las autoridades europeas y nacionales de supervisión, la Comisión Europea y la Unión Europea en su conjunto.

En cuanto a su *composición*, el ESRB se organiza en un Consejo General, un Comité Director y un Secretariado. Presidente y Vicepresidente del BCE, gobernadores de los bancos centrales nacionales, presidentes de las tres Autoridades de Supervisión Europeas y un miembro de la Comisión componen tales órganos, con especial ascendencia de los representantes del BCE y del Sistema Europeo de Bancos Centrales.

---

<sup>301</sup> Una de las conclusiones del Informe Larosière es la deficiente estructura de análisis de riesgo macroeconómico en la UE y sus Estados miembros. De tal conclusión nace el ESRB. Téngase en cuenta que en España está pendiente la constitución oficial de un órgano con funciones de coordinación macroprudencial. Hasta ahora tal formación sólo existe oficiosamente (BdE, CNMV, Ministerio de Economía).

Otros miembros, especialmente los representantes de las autoridades de supervisión de los Estados miembros, asisten sin derecho de voto. Destaca el hecho de que la Secretaría es asumida por el BCE, con el poder estructural correspondiente a la fijación de la agenda; el BCE tendrá también funciones de apoyo analítico, estadístico, administrativo y logístico, incluida la preparación de las reuniones del ESRB. La sede del ESRB es Frankfurt.

## (2) Supervisión micro-prudencial. Sistema Europeo de Supervisores Financieros

El segundo pilar de la nueva estructura es la creación de un Sistema Europeo de Supervisores Financieros (ESFS), integrado por las tres nuevas Autoridades de Supervisión Europeas (ESA)<sup>302</sup> y por los supervisores nacionales.

Las principales tareas asignadas a las nuevas autoridades son:

- Asegurar un marco jurídico armonizado a través de normas técnicas vinculantes y directrices interpretativas.

Las nuevas autoridades disponen de capacidad de proponer normas técnicas vinculantes. La Comisión procede posteriormente a aprobarlas a través de un procedimiento de “no oposición” (en el que no participan ni el Parlamento Europeo, ni los Estados miembros).<sup>303</sup> Después profundizaremos sobre esta cuestión.

- Garantizar la aplicación coherente del Derecho europeo, en concreto a través de dos atribuciones. En primer lugar, la resolución de diferencias entre supervisores. En los ámbitos en los que la normativa europea requiera cooperación, coordinación o actuación conjunta, se pueda poner en marcha un proceso de resolución de diferencias. En segundo lugar, la investigación y emisión de recomendaciones ante incumplimientos del Derecho de la Unión.
- Actuación en situaciones de emergencia

---

<sup>302</sup> La *European Banking Authority*, la *European Insurance and Occupational Pensions Authority* y la *European Securities and Markets Authority*.

<sup>303</sup> Véase el Anexo II, sobre el *Single Rule Book*.

Se establece que las Autoridades de Supervisión tengan un papel de coordinación entre supervisores nacionales, en particular, en situaciones de emergencia del sistema financiero de la UE e incluso que, en circunstancias excepcionales transfronterizas, las autoridades puedan requerir a los supervisores nacionales que adopten conjuntamente decisiones específicas. Se prevé que la Comisión sea quien determine cuándo se dan estas circunstancias excepcionales.

- Plena supervisión de entidades paneuropeas específicas

La nueva normativa estableció una supervisión centralizada directa de las agencias de calificación crediticia por parte de la autoridad de mercados y valores (ESMA).

- Asegurar una cultura supervisora común y prácticas supervisoras comunes

Incluye, entre otros instrumentos, la identificación de tareas que puedan ser delegadas o realizadas conjuntamente, así como la promoción de mejores prácticas, la participación en foros comunes, el desarrollo conjunto de programas de formación de supervisores o incluso la delegación de funciones entre supervisores.

- Recopilar información micro-prudencial

A petición de las autoridades de supervisión europeas, los supervisores y otras autoridades nacionales deben proporcionar toda la información necesaria para la realización de sus funciones. También se especifica la colaboración de las autoridades de supervisión con el ESRB en la transmisión de información micro-prudencial, así como la forma en que las tres autoridades pueden beneficiarse del análisis del ESRB.

- Normas técnicas y directrices de las autoridades europeas de supervisión (EBA, ESMA, EIOPS). El *single rule book* <sup>304</sup>

---

<sup>304</sup> Para más información sobre el *single rule book* puede acudir a la página de la Autoridad Bancaria Europea: <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/single-rulebook>

El propósito inicial del llamado *single rule book* era el de configurar un corpus normativo que garantizase una aplicación homogénea de las normas bancarias de Basilea III, recogidas por el Derecho de la Unión Europea, y que a su vez contribuyese al mejor funcionamiento del Mercado Único. El concepto respondía a la constatación de que era necesaria una mayor uniformidad jurídica, en tanto que la regulación por medio de directivas que requerían normas de transposición nacional resultaba a menudo demasiado heterogénea. Esto resultaba especialmente relevante en materia de requerimientos prudenciales (definiciones, metodologías, etc. por no hablar de prácticas supervisoras), cuyas diferencias entre Estados resultaban disfuncionales para el mercado interior y para la estabilidad financiera al favorecer la fragmentación.

Junto con los actos legislativos adoptados en la materia, el papel de las autoridades de supervisión financiera y, en particular, de la Autoridad Bancaria Europea resulta esencial para alcanzar el propósito homogeneizador del *single rule book*. Debe tenerse en cuenta que la homogenización mediante este código normativo único contempla un necesario grado de flexibilidad vinculado a las peculiaridades macroeconómicas de los Estados miembros que hace necesario que los supervisores nacionales tengan las oportunas posibilidades de ajuste (por ejemplo, mediante requerimientos adicionales de capital para prevenir burbujas inmobiliarias, mediante el ajuste del *buffer* contracíclico o mediante el llamado “Pilar II”).

Como establece el artículo 1 del Reglamento que crea la Autoridad Bancaria Europea (Reglamento 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo), la “autoridad contribuirá a garantizar la aplicación coherente, eficiente y efectiva” del Derecho de la UE (en las materias financieras delimitadas), así como “a fomentar la convergencia en la supervisión”. Para el cumplimiento de sus funciones podrá aprobar una serie de actos vinculantes (normas técnicas) o no vinculantes (guías o directrices, recomendaciones, opiniones, informes, etc.). Recordemos la distinta naturaleza de estos dos tipos de actos<sup>305</sup>:

---

<sup>305</sup> Véase el contenido sobre el *single rule book* incluido en el Anexo II en el que se recoge el listado de normas técnicas y directrices aprobadas.

- Las normas técnicas aprobadas por EBA (igual que las de ESMA y EIOPS) pueden ser regulatorias o de ejecución y requieren, en todo caso, la aprobación por parte de la Comisión (*ex arts. 290 y 291 TFUE*) mediante un Reglamento delegado o de ejecución. Una vez efectuada su publicación en el Documento Oficial de la UE y a partir de su entrada en vigor, son directamente aplicables en todos los Estados miembros.
  - Las guías o directrices (*guidelines*) aprobadas por EBA suelen ser recogidas como propias por parte del Banco de España. No son jurídicamente vinculantes.
- Mecanismo Único de Supervisión (BCE)

Finalmente, debemos anticipar parte del contenido del siguiente epígrafe para referirnos a la creación del Mecanismo Único de Supervisión (MUS), primer pilar de la Unión Bancaria que ha supuesto la integración de la supervisión financiera de los Estados de la zona euro (opcional para los Estados “no euro”). Con su creación nos hallamos ante un esquema de supervisión prudencial en el que se trabaja de forma coordinada en el conjunto de la UE a través del sistema europeo de supervisores financieros, que, a su vez, cohabita con la nueva supervisión integrada de los Estados de la zona euro ejercida por el BCE<sup>306</sup>.

Para concluir, citamos el ilustrativo *considerando* número cuatro del Reglamento (UE) n° 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito, en el que se resalta la importancia de garantizar la homogeneidad de la supervisión prudencial de las entidades de crédito, al tiempo que se pondera el respeto a la diversidad de tamaños y modelos de negocio como un activo para la estabilidad del conjunto del sistema financiero:

El BCE desempeña sus funciones de supervisión en el marco del MUS, que debe garantizar que la política de la Unión en materia de supervisión prudencial de las entidades de crédito se aplique de manera coherente y eficaz, que el código normativo único de los servicios financieros se aplique de manera homogénea a las entidades de crédito de todos los Estados miembros en cuestión y que estas entidades de crédito sean objeto de una supervisión de la máxima calidad. En el desempeño de sus funciones de supervisión, el BCE debe tener debidamente en cuenta la diversidad de las entidades de

---

<sup>306</sup> Creemos que puede hablarse de una verdadera dimensión financiera de la constitución multinivel, especialmente en materia supervisora, aunque en otros ámbitos sea incompleta.

crédito y sus diferentes tamaños y modelos de negocio, así como las ventajas sistémicas de la diversidad dentro del sector bancario de la Unión.

#### d) Especial referencia a la Unión Bancaria

Como hemos venido señalando, la agenda financiera europea durante el transcurso de la crisis puede dividirse en dos partes. Una primera estuvo, como hemos visto, más dirigida a salvar las brechas o lagunas de la regulación y la supervisión financiera europea, identificadas como vulnerabilidades que facilitaron la propagación e intensidad de la crisis. La segunda fase se inicia tras la constatación del contagio entre crisis del sistema financiero y deuda soberana de los países de la zona euro, con el subsiguiente debilitamiento de ambos, sector bancario y deuda soberana. En esta segunda fase la creación de una Unión Bancaria de los países de la zona euro aparece como tercer pilar de respuesta (financiero), junto al monetario y al fiscal. Como señala la Comunicación de la Comisión Europea “*Un sector financiero reformado para Europa*”<sup>307</sup>,

La crisis puso de manifiesto el carácter incompleto de la integración en la zona del euro y las deficiencias de las estructuras institucionales de apoyo a la Unión Económica y Monetaria (UEM). La crisis invirtió bruscamente la tendencia de integración del mercado bancario, y la fragmentación amenazó la integridad de la moneda única y del mercado único. Aunque se habían diversificado geográficamente emprendiendo actividades transfronterizas significativas, los bancos siguieron estrechamente relacionados con el Estado miembro donde tenían su sede, contribuyendo a la espiral de interacción negativa entre la deuda soberana y la situación de los bancos, que debilitó a estos últimos y a los emisores soberanos y provocó costes financieros injustificados en algunos Estados miembros. Esta situación exigía una mayor integración, al menos en la zona del euro, en materia de supervisión y resolución de los bancos. Aunque la participación en la unión bancaria es obligatoria para los Estados miembros de la zona del euro, la unión bancaria se concibe como un sistema integrador, abierto a la participación de todos los Estados miembros de la UE.

El Consejo Europeo<sup>308</sup> de junio de 2012 decidió la creación de la Unión Bancaria, a fin de poner fin a la realimentación entre riesgo soberano y riesgo bancario que venía ocasionando costes de financiación desproporcionados en varios países de la zona euro e incertidumbre creciente sobre el conjunto del sector bancario. La situación era

---

<sup>307</sup> Véanse adicionalmente. [http://www.consilium.europa.eu/press-releases-pdf/2016/6/47244642837\\_en.pdf](http://www.consilium.europa.eu/press-releases-pdf/2016/6/47244642837_en.pdf)

Comunicación de la Comisión Europea sobre la

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0587&from=EN>

Informa anual sobre la Unión bancaria del Parlamento Europeo:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0041+0+DOC+PDF+V0//ES>

Nota de prensa sobre reformas legislativas para fortalecer el sector bancario:

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-3731\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3731_es.htm)

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-3803\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3803_en.htm)

<sup>308</sup> Véanse las Conclusiones del Consejo Europeo de 28 y 29 de junio de 2012.



especialmente problemática para las entidades de los Estados con fuertes presiones sobre sus condiciones de financiación, pero también para aquellos bancos de otras jurisdicciones especialmente expuestos a los títulos de deuda de dichos Estados<sup>309</sup>. La Unión Bancaria se articula en tres pilares o mecanismos –supervisión, resolución de entidades de crédito y garantía de depósitos- que describimos a grandes rasgos<sup>310</sup>, sin perjuicio de su continuo progreso<sup>311</sup>, aún a día de hoy:

(1) El primer pilar de la Unión Bancaria es el *Mecanismo Único de Supervisión (MUS)*, que como hemos anticipado transfiere al BCE<sup>312</sup> la función supervisora de los principales entidades de crédito de la zona del euro (y de otros Estados miembros que eventualmente deseen participar), sin perjuicio de las funciones de la Autoridad Bancaria Europea, que se mantienen, en particular en cuanto al desarrollo del código normativo único (*single rule book*) y la coordinación supervisora. Igualmente los

---

<sup>309</sup> Caso, por ejemplo de los bancos alemanes y franceses, con extensas carteras de deuda griega, por poner solo el ejemplo quizás más claro.

<sup>310</sup> Junto a estos tres pilares debemos hacer referencia a otros elementos que aunque no sean propiamente parte de la Unión Bancaria si se consideraron conjuntamente con ella durante las negociaciones y, por razones materiales, siguen completamente imbricados con los tres pilares que desarrollamos (Fuente: Ministerio de Economía y Competitividad). Estos elementos son la Directiva de Resolución Bancaria\* (que incluye normas sobre el reparto de cargas en caso de resolución para que sean primero los accionistas y acreedores quienes las asuman, en lugar de los contribuyentes); la reforma de la Directiva de Fondos de Garantía de Depósitos\*\*; nuevas directrices de ayuda de Estado de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea\*\*\*; análisis de calidad de activos y pruebas de resistencia (*stress test*) por parte de la Autoridad Bancaria Europea (EBA) que se añaden al análisis de balance inicial efectuado por el BCE/MUS sobre las entidades que entrarían en su ámbito directo de supervisión.

\*Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0059&from=ES>

\*\* Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 relativa a los sistemas de garantía de depósitos (refundición).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02014L0049-20140702&from=EN>

\*\*\* [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013XC0730\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013XC0730(01)&from=EN)

\*\*\*\* Datos del último *stress test* hasta la fecha, realizado en 2016:

<http://www.eba.europa.eu/risk-analysis-and-data/eu-wide-stress-testing/2016>

<sup>311</sup> Véase el último informe de progreso del Consejo (26 de noviembre de 2016), bajo presidencia eslovaca: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14841-2016-INIT/en/pdf>

<sup>312</sup> Véase el Anexo I. Las normas institucionales básicas del MUS son: el y el Reglamento (UE) n.º 468/2014 del Banco Central Europeo, así como, dentro del apartado de solvencia, el Reglamento (UE) 2016/445 del Banco Central Europeo, de 14 de marzo de 2016 sobre el ejercicio de las opciones y facultades que ofrece el Derecho de la Unión. Conforme a esta norma, el BCE ejerce como autoridad competente las opciones nacionales que la normativa prudencial contenida en reglamentos europeos atribuye a los supervisores de los Estados miembros y que tras la creación de la Unión Bancaria quedan uniformadas bajo el paraguas del supervisor único

supervisores nacionales se integrarán en el MUS asistiendo al BCE en sus tareas de supervisión e inspección.

En cuanto a las funciones o poderes de supervisión que se atribuyen al BCE a través del MUS, destaca la exclusiva supervisión de las entidades de crédito de su competencia, incluidas funciones que hasta su creación desempeñaban los supervisores nacionales, tales como la autorización y revocación de licencias y las decisiones en materia de participaciones significativas, la posibilidad de requerir información, realizar inspecciones *in situ*, sancionar y disponer medidas de intervención y requerimientos adicionales de capital a las entidades de crédito bajo su supervisión.

En cuanto al ámbito subjetivo -las entidades significativas<sup>313</sup> que serán directamente supervisadas por el BCE-, se establecen umbrales de balance para delimitar las competencias entre del supervisor único (BCE) y los supervisores nacionales. Se asegura en todo caso que el MUS supervisará entidades de todos los Estados.

Se establece además que el BCE rendirá cuentas ante el Parlamento Europeo y el Consejo, y se dispone una estructura separada entre la pata monetaria del BCE (Consejo General) y el MUS, como pata de supervisión prudencial (Junta), a fin de salvar el conflicto de interés existente entre ambas.

El MUS comenzó a ejercer efectivamente las funciones que le atribuye su Reglamento de creación el 4 de noviembre de 2014.

(2) El segundo pilar de la Unión Bancaria es el que se refiere a la *resolución de entidades de crédito*. A fin de establecer un sistema de resolución bancaria integrado, se creó el Mecanismo de Resolución Único<sup>314</sup> (operativo desde enero de 2015), compuesto

---

<sup>313</sup> Lista de las 125 entidades significativas supervisadas directamente por el BCE (a 1 de enero de 2017): [https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/list\\_of\\_supervised\\_entities\\_201701.en.pdf?fa67031bce20d0ce07da37a4c0685435](https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/list_of_supervised_entities_201701.en.pdf?fa67031bce20d0ce07da37a4c0685435)  
<https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/list/who/html/index.en.html>

Téngase en cuenta que aunque el resto de entidades, calificadas como “menos significativas”, quedan bajo supervisión directa de las autoridades nacionales (indirecta del BCE-MUS), el BCE puede reclamar su supervisión para asegurar aplicación coherente de los parámetros supervisores.

<sup>314</sup> Reglamento (UE) n° 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014 por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y

por una autoridad o Junta Única de Resolución europea y por un Fondo de Resolución Único<sup>315</sup> como mecanismo centralizado que permita compartir las cargas de las crisis bancarias, con aportaciones de las entidades de crédito según el principio de que serán las propias entidades (y en su caso el sector a través del Fondo de Resolución Único) quienes afronten las cargas de eventuales quiebras. El Fondo incluye compartimentos nacionales que se fusionarán de manera progresiva hasta 2024<sup>316</sup>. También se establecen normas de resolución comunes.

Dentro de este pilar de la Unión Bancaria, se adoptó a finales de 2014 la posibilidad de recapitalización directa de entidades bancarias a partir del MEDE y al objeto de desligar el riesgo bancario y el riesgo soberano.<sup>317</sup>

(3) Finalmente, el tercer pilar es la creación de un sistema de garantía de depósitos europeo. La Comisión Europea presentó una propuesta de Directiva el 24 de noviembre de 2015 que se encuentra en discusión dentro del proceso legislativo (*European Deposit Insurance Schemes* o EDIS).<sup>318</sup> El enfoque al que responde es coherente con el presentado por la Comisión en su Comunicación de 24 de noviembre de 2015 “*Towards the completion of the Banking Union*”<sup>319</sup>, en la que se presenta como objetivo principal de la Unión Bancaria la mitigación del vínculo entre riesgo bancario y riesgo soberano para lo cual se sigue una doble estrategia para la UEM: compartir cargas y reducir riesgos (*risk sharing and risk reducing*<sup>320</sup>).

---

un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) no 1093/2010. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0806&from=EN>

<sup>315</sup> Véase <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/banking-union/single-resolution-mechanism/>

<sup>316</sup> “Esta «mutualización» del uso de fondos aportados comenzará con el 40 % en el primer año, será del 20 % en el segundo y aumentará constantemente en cantidades iguales a lo largo de los seis años restantes hasta que los compartimentos nacionales dejen de existir. La transferencia y mutualización de los fondos se establece en un acuerdo intergubernamental específico entre los Estados miembros que participan en la unión bancaria. El Consejo adoptó esta decisión para ofrecer la máxima seguridad jurídica, dadas las inquietudes jurídicas y constitucionales en determinados Estados miembros. Veintiséis Estados miembros (todos los países de la UE excepto Suecia y el Reino Unido) firmaron el acuerdo el 21 de mayo de 2014.” <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?f=ST+8457+2014+INIT&l=es>

El Fondo está operativo desde el 1 de enero de 2016.

<sup>317</sup> Véase el apartado anterior correspondiente a los mecanismos de asistencia financiera.

<sup>318</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0586&from=EN>

<sup>319</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0587&from=EN>

<sup>320</sup> Sobre esta doble estrategia, véanse las notas de prensa sobre reformas legislativas para fortalecer el sector bancario presentadas por la Comisión a finales de 2016:

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-3731\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3731_es.htm)

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-3803\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3803_en.htm)

Aunque obviamente no es parte de la Unión Bancaria, no podemos dejar de mencionar en esta parte el proyecto de *Unión de Mercados de Capitales* que surge a su rebufo, como complemento que busca mejorar la financiación europea extrabancaria. No debe perderse de vista la importancia de mitigar la fragmentación financiera dentro de una unión monetaria incompleta, a fin de que el canal financiero pueda contribuir a absorber los efectos derivados de la asimetría económica de la eurozona. Como señala la Comisión<sup>321</sup>, los propósitos de la UMC (CMU en inglés) son los de facilitar el desarrollo de fuentes de financiación alternativas a las bancarias, abriendo nuevas oportunidades para “inversores institucionales y minoristas” en un sistema financiero más sólido e integrado. Así, en el plan adoptado por la Comisión el 30 de septiembre de 2015 se incluye un listado de 33 medidas que persiguen la integración de los mercados de capital<sup>322</sup>(deuda y acciones), en especial las derivadas de las diferencias existentes entre los distintos sistemas legales. Como pautas o principios destacan los de movilizar, diversificar y abaratar la financiación europea. En consecuencia se pretende: (1) aumentar las oportunidades de inversión que permitan movilizar mejor el capital y canalizarlo a la economía (empresas, infraestructuras, etc.), es decir, que el sistema financiero (no sólo el bancario) cumpla mejor con su función de motor de la economía; (2) fortalecer el sistema financiero, diversificando las fuentes de financiación, facilitando cauces de inversión más a largo plazo y disminuyendo la vulnerabilidad de las empresas y del conjunto de los ciudadanos ante eventuales futuras crisis financieras; (3) profundizar en la integración financiera europea con mayor asunción transfronteriza de riesgos, mayor liquidez en los mercados, más competencia y menores costes.<sup>323</sup>

En estas pautas o líneas generales que acabamos de presentar se vislumbran algunas debilidades del sistema financiero que, a nuestro juicio, tienen directa relación con el paradigma financiero, cuestión a la que nos referiremos en la tercera parte (capítulo V),

---

<sup>321</sup> Press Release IP/16/1562 de 25 de abril de 2016. “*Capital Markets Union: taking stock of the progress made so far.*”

<sup>322</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Plan de acción para la creación de un mercado de capitales” 30.9.2015 COM(2015) 468 final.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0468&from=EN>

Entre las que cabe citar a título ejemplificativo la importancia de una armonización europea en el ámbito de la insolvencia.

<sup>323</sup> Hay que tener en cuenta relación de CMU *stricto sensu* con otras cuestiones conexas como la imposición de sociedades (la nueva propuesta de la Comisión para armonizar aspectos del impuesto de sociedades mediante una base imponible consolidada común; véase [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-3471\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3471_es.htm)) o la legislación de insolvencia o incluso capital de las entidades de crédito.

no sin antes avanzar ahora algunos rasgos en la medida en que, como hemos señalado al principio, una descripción del Derecho vigente no puede dejar de mencionar como parte del mismo la previa decisión de no regular.

e) Sobre el paradigma financiero

Si volvemos la vista por unos momentos a la larga historia financiera, comprobamos que el paradigma del sistema financiero de la era liberal era eminentemente privado, basado en la autorregulación y en el Derecho Civil y Mercantil. A grandes rasgos, este paradigma sólo cambió a partir de la crisis de 1929, con la intervención de los poderes públicos mediante la regulación y el aumento del control y las garantías financieras. Como hemos visto en la primera parte al tratar la contextualización histórica, un nuevo cambio de paradigma –o retroceso al anterior- se produce en algún momento del último cuarto del siglo XX; un cambio de concepción que se traduce en un desequilibrio entre el elemento privativo (acumulación) y el elemento común (estabilidad, asignación eficiente de recursos, bienestar). Con ello creemos que se ha visto aumentada la capacidad regulatoria privada sobre la economía –por la vía de la financiación, las inversiones, los *ratings*, etc. En lo concreto, esta transformación se produce mediante la paulatina privatización de muchas de esas funciones, a través de fórmulas diversas. Pagliari (2012: 46) señala tres: (1) La desregulación (y ausencia de supervisión) de algunos mercados e instituciones. (2) La proliferación de la regulación con base en fórmulas de mercado más que en la regulación “fuerte”; (3) La asignación de un rol de política pública a iniciativas de autorregulación, a las que cabría añadir, a nuestro juicio, la sujeción (cuando no confianza ciega) a la disciplina de mercado (en sustitución en muchas ocasiones de la supervisión pública, como ha refleja la evolución del modelo bancario en países como Italia o España en relación con las Cajas de Ahorros).

A partir de 2008, la crisis financiera habría servido al menos para recordar, “que la división de las responsabilidades regulatorias entre actores públicos y privados es una característica contingente y no estructural (en sentido de inamovible) en el gobierno de los mercados financieros” (Pagliari, 2012: 52).

En este sentido parte de nuestro análisis (capítulo V) se centrará en plantear si, como sugiere Pagliari, aunque la crisis ha extendido la regulación a actores como los *hedge*

*funds*<sup>324</sup> o las agencias de calificación, y ha consolidado el papel de los supervisores – muy especialmente en el marco europeo, primero con el Sistema europeo de supervisión y después con la Unión Bancaria-, en cambio, no ha supuesto una recuperación del paradigma de gobierno del sistema financiero, sino que ha remozado la concepción eminentemente privativa, apuntalando el carácter estructural del vigente paradigma financiero mediante la invocación a la necesaria pero, a nuestro juicio, insuficiente integración financiera.

...

Después de esta revisión referenciada del Derecho vigente en los tres ámbitos, monetario, fiscal y financiero, pasamos a estudiar los dos grandes problemas de Gobierno económico europeo que presentamos al principio de este trabajo.

---

<sup>324</sup> Sobre *hedge funds* puede verse, Johnston, A. (2015). “Regulating Hedge Funds for Systemic Stability: The EU’s Approach”. *European Law Journal*, vol. 21, nº 6, noviembre, 758-786. Pagliari, S. (2012). “Who Governs finance? The Shifting Public-Private Divide in the Regulation of Derivatives, rating Agencies and Hedge Funds”. *European Law Journal*, Vol. 18, nº 1, 44-6; Teiletche, J. (2009). *Les hedge funds*. París: Ed. La Découverte.

## **TERCERA PARTE: CRISIS**





## Capítulo 4. El problema del pluralismo.

This is the decisive innovation that makes the difference to earlier attempts to unify Europe: Not force, not subjection is the instrument used, but a spiritual, cultural power: the law. The majesty of the law was supposed to achieve, what blood and fer through centuries could not bring about. Yet, the self-determined unity alone has the perspective to last, and the equality and the *unity of law*<sup>325</sup> are inseparably bound together. No legal system can subsist without equality before the law, and equality equals unity. This insight is the foundation of the Treaty of Rome, and this is why it establishes a peace-keeping system par excellence.

W. Hallstein, *Der unvollendete Bundesstaat*, 1969.<sup>326</sup>

Once we abandon the view that the foundations of a legal system consists in an habit of obedience to a legally unlimited sovereign and substitute for this the conception of an ultimate rule of recognition which provides a system of rules with its criteria of validity<sup>327</sup>, a range of fascinating and important questions confront us.

H.L.A. Hart, *The concept of law*, 1961.

---

<sup>325</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>326</sup> Traducción y cita: Pernice (2002: 27), “La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel”, en Beneyto Pérez, J.M. (dir.), *El modelo europeo: contribuciones de la integración europea a la gobernanza global*, Ed.Biblioteca Nueva, Madrid, 2014.

Aclaración: esta afirmación de aire tan kelseniano sobre la unidad del derecho no pretende servir para condensar el contenido de esta parte, sino a lo sumo –como negativo de nuestro enfoque- para leída a la luz de la cita de Hart, centrar el debate. También sirve, creemos, para plasmar la idea del proyecto europeo como comunidad de Derecho (Pernice la utiliza al referirse a la primera calificación de la Comunidad Europea como comunidad jurídica o comunidad de derecho *Rechtsgemeinschaft*) cuya crisis – precisamente en cuanto que proyecto de juridificación democrática del poder- planteamos.

Sobre el debate en torno a Kelsen y la norma fundamental y Hart y la regla de reconocimiento véase:

- H.L.A. Hart: *Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho*.

<file:///C:/Users/rsaugar/Downloads/1099-1359-1-PB.pdf>

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1099/1357>

- H.L.A. Hart: *The concept of law* (en particular véase la nota o comentario a la página 97).

- Kelsen, H. “*Teoría general del derecho y del Estado*” y “*Teoría pura del derecho*”.

<sup>327</sup> Hart 1961: 107. “In a simple way, unified” (Hart, 1961: 93).

#### 4.1 Planteamiento general: la insuficiencia de las normas que confieren poderes o distribuyen autoridad en la esfera de la Unión Europea.

Volvemos a retomar las palabras de Bayón que citábamos en la primera parte:

El problema fundamental del constitucionalismo en la esfera global es precisamente este: el de las relaciones entre ordenamientos que se superponen o concurren sin que haya una regla suficientemente clara acerca del modo en que habría de desenvolverse la interacción entre ellos y que además sea aceptada exactamente en los mismos términos desde todos los puntos de vista concurrentes (2013: 71).

Como decíamos entonces, la integración europea ha avanzado hacia un modelo de constitucionalismo supranacional organizado mediante una serie de principios que estructuran la relación entre ordenamientos concurrentes (nacionales y europeo).

Sabemos que el sistema competencial de la UE se basa en el *principio de competencia de atribución*, es decir, en la cesión del ejercicio de competencias soberanas de los Estados que la integran, principio que, no obstante, ha resultado modulado por el funcionalismo de otros principios favorecedores de la *vis expansiva* de la competencia europea<sup>328</sup> o lo que Weiler llama la paulatina “erosión de los límites de la competencia comunitaria” (1999: 63).

A su vez, la aplicación del Derecho UE producido con arreglo a tal cláusula de atribución se produce con arreglo a determinados principios que constituyen garantía de uniformidad y que tradicionalmente se han descrito, *stricto sensu*, como principios de relación entre ordenamientos, a saber principalmente: autonomía (que permitiría este

---

<sup>328</sup> El sistema competencial europeo, basado en la competencia de atribución, se halla fuertemente condicionado por la fijación en los propios Tratados de los objetivos que ha de perseguir la UE. La disparidad entre los medios de acción explicitados y los fines u objetivos marcados se salva a través de la doctrina de los poderes implícitos, la cláusula de flexibilidad prevista en el artículo 352 del TFUE (antiguo 235) y el propio principio de subsidiariedad. En la práctica estos mecanismos han permitido, según el criterio compartido por autores como Lenaerts, Weiler o Guarino (De Miguel Bárcena, J., 2011: 66-68), una extensión de la competencia de la Unión hasta el punto de que apeas podamos hablar de extralimitaciones competenciales. Se comparta o no esta última apreciación, lo que parece claro es la existencia de una *vis expansiva* de la competencia de la Unión y la existencia de una amplia zona gris en la que tal expansión se produce, con la consiguiente dificultad de discernir cuál es el reparto de poder y quién debe dirimirlo (TJ o tribunales nacionales).

Parecería que, al menos en el ámbito financiero en sentido estricto, como señala J.H.H. Weiler, “ya no hay núcleo de soberanía que los Estados miembros pudieran invocar como tal frente a la Comunidad” (*Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 57).

Véase por ejemplo Weiler, J.H.H., 1999, pp. 51 y ss., sobre la importancia de los poderes implícitos y el uso del art. 235 del TCE. Sobre la pretensión del TCFA de controlar la *vis expansiva* a partir de la sentencia *Lisboa* y las exigencias de autorización legislativa previa, véase Martín y Pérez de Nanclares, J., “Órdago del Tribunal Constitucional Alemán al Proceso de Integración Europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)”, *REAF*, núm. 13, 2011, p. 97-145.

enfoque de “relación entre ordenamientos” que se ven, desde el punto de vista interno, como autónomos); efecto directo; interpretación conforme; responsabilidad por incumplimiento del Derecho UE, etc.<sup>329</sup> Sin embargo, el principio clave, la piedra angular que garantiza la uniformidad en estas relaciones entre el ordenamiento europeo y el de los Estados, es el *principio de primacía*.

En consecuencia, dos principios, *primacía* y *atribución de competencias* son las dos piezas que permiten el juego de rótula de la construcción jurídica sobre la que se articula la integración europea o de lo que algunos autores, superando el clásico esquema dialéctico de relaciones entre ordenamientos en tensión, han definido –entre otras fórmulas- como constitución compuesta o metaconstitución. Estas dos piezas han sido esenciales para el desarrollo de la integración hasta nuestros días y resultarán determinantes para su futuro, ya sea éste el de la (1) vuelta al Estado nación, (2) la conservación indefinida del *statu quo* en una suerte de petrificación de la actual dualidad de niveles funcionales, o (3) el de lo que muchos denominan el “viejo federalismo” presente en la idea de Europa (Vecchio, 2015: 225).<sup>330</sup>

Nos referiremos primero a la *primacía*, a su origen y evolución, y después a la *competencia de atribución*, si bien no nos centraremos en su formulación, digamos, positiva, sino en sus límites tal y como han sido formulados –especialmente por el TCFA- a través del desarrollo del principio de *identidad constitucional*; una formulación, ésta, la de la identidad constitucional como límite a la integración, que ha revitalizado el concepto de soberanía vinculado a la estatalidad y que, a nuestro juicio, confiere a la discusión sobre los fundamentos del principio de atribución de la competencia un protagonismo que tal vez había quedado algo difuminado durante anteriores etapas de la construcción europea.

En la segunda parte de este capítulo, veremos cómo se materializa ese principio de identidad constitucional en el ámbito económico financiero. Repasaremos las implicaciones prácticas del principio a partir del pronunciamiento de la sentencia *Lisboa*

---

<sup>329</sup> Insertado principalmente en el Derecho interno español a partir de esa variante singular de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que es la responsabilidad del Estado legislador.

<sup>330</sup> Véase a este respecto el Libro Blanco sobre el futuro de Europa, COM(2017)2025 1 de marzo de 2017: [https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/whitepaper\\_en.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/whitepaper_en.pdf)

del TCFA, en cuyo texto se concreta la identidad constitucional a través de una serie de materias identificadas como líneas rojas, entre las cuales destaca la autonomía presupuestaria. Con el mismo objetivo revisaremos varias sentencias posteriores en materia financiera y haremos referencia a decisiones judiciales del proceso UEM como las paradigmáticas sentencias del TCFA sobre el rescate griego, la creación del MEDE o la aprobación del programa OMT de compra de bonos por parte del BCE.

Aunque podría parecer que la cuestión no es más que otra batalla por la demarcación del campo de influencia entre ordenamientos, que podría solucionarse mediante las técnicas pluralistas del llamado “diálogo entre tribunales” -principalmente entre el TJUE y los tribunales constitucionales nacionales-, creemos que el problema va más lejos. Debemos preguntarnos si más que ante una nueva refriega dentro de la histórica tensión entre primacía y supremacía constitucional, que podría colmarse con un diálogo judicial basado entre otros en el principio de cooperación leal, no nos hallamos ante la ausencia -en determinados ámbitos, especialmente en la UEM-<sup>331</sup> o insuficiencia de la norma de atribución que distribuye la autoridad legítima, más allá de ponderaciones o arreglos caso a caso para los que el diálogo judicial -al menos en sus formas más improvisadas- resultará insuficiente. En definitiva, planteamos como problema del constitucionalismo en la esfera europea si esta ausencia de definición suficiente resulta disfuncional en tanto que limita las posibilidades y la eficacia del autogobierno democrático, especialmente en un ámbito, el económico y financiero (UEM), en el que la seguridad jurídica requiere especial protección.

A diferencia de otros enfoques, más centrados en los mecanismos jurídicos y económicos necesarios para completar la UEM, el nuestro se centrará principalmente en los valores, es decir, en la necesidad de articular un modelo que pueda conceptuarse realmente de pluralismo constitucional.

---

<sup>331</sup> En tanto que no es un desacuerdo general, sino una ausencia que afecta a materias vinculadas al núcleo clásico de la soberanía, como la fiscal.

#### 4.1.1 Primacía.

##### 4.1.1.1 Sentido general de la primacía<sup>332</sup>

Aunque indagar en el concepto de primacía es tarea compleja que bien podría constituir el tema de otra investigación específica, parece que debemos comenzar reflexionando acerca de su sentido general. En consecuencia, conviene hacer dos observaciones *ad limine* sobre lo que podríamos llamar el sentido general político y económico del principio y su relación con las teorías de la regionalización. Después recordaremos su génesis -vinculada a los primeros pasos del proceso de construcción europea- y repasaremos los distintos hitos que van desde su afirmación hasta su limitación.

##### a) Sentido jurídico y político

Apunta Habermas (2012: 53) que una de las dos innovaciones verdaderamente relevantes de la comunidad jurídica europea es la aceptación por parte de los Estados de la primacía del Derecho supranacional<sup>333</sup> o, en otras palabras, que los Estados aceptan limitar su soberanía en ámbitos en los que la ceden para que el Derecho aplicable sea el europeo. Se constituye, así, la primera comunidad jurídica supranacional a partir de los poderes estatales preexistentes, incluidos los poderes de organización estatal que hacen posible que el Derecho europeo se aplique nacionalmente. Como señala Habermas, se trata de una “primacía sin *competencia de competencia* es decir sin competencia de revisión constitucional, una ‘primacía de aplicación’ sin ‘primacía de vigencia’ frente a los ordenamientos nacionales.” (Habermas, 2012: 57 y ss.)

Para comprender las implicaciones o el sentido jurídico-político del principio -y aunque como veremos a continuación en el sentido último de la primacía subyace también un

---

<sup>332</sup> Véase entre otros Martin Nettesheim “El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario/ de la Unión”. *Revista española de derecho europeo, Civitas*, N° 6, 2003.

<sup>333</sup> Como decimos, para Habermas (2012: 53 y ss.) la primacía es la primera gran innovación que la integración UE aporta a la civilización jurídica del núcleo de poder estatal. Se intuye en su reflexión no sólo una comprensión del principio como condición necesaria de la integración, sino una suerte de renuncia *ex ante* o autocontención política por parte de los Estados en favor del proyecto común. Por su parte, Weiler -frente a otros procesos regulados por el Derecho Internacional- vincula la novedad del caso europeo no sólo o no tanto al principio de primacía, como a la eficacia directa de las normas comunitarias -que rompería el eje monismo-dualismo- y a la existencia de un sistema judicial descentralizado que garantiza su eficacia (1999: 20 y ss.).

elemento homogeneizador de carácter económico- no podemos dejar de tener en cuenta el más amplio objetivo político de la construcción europea derivado del contexto histórico en el que surge. Ese objetivo político explícito era el de pacificar potencias rivales en lo económico y en lo militar<sup>334</sup>. Se trataba de poner fin a los treinta años de guerra civil europea a los que se refiere Eric Hobsbawm (1994: 44) o, en una proyección más larga, de superar el estado natural del continente basado en un equilibrio de poder más o menos inestable, pero recurrentemente sangriento. La idea de esa Europa unida a la que hace referencia el preámbulo de la Ley Fundamental de Bonn (“la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida”), idea que se funda sobre las ruinas de la Segunda Guerra Mundial, “sobre un escenario posapocalíptico, [y] encuentra su razón de ser en la reconstrucción, pero sobre todo en la necesidad de sentar bases políticas, sociales y económicas comunes para evitar la repetición, todo ello a través del Derecho y de la cooperación entre naciones (Habermas 2012: 50).<sup>335</sup>

#### b) Sentido económico

En segundo lugar, y sin perjuicio de lo anterior, creemos que la razón de esta configuración no está tanto, o al menos no sólo, en la razón teórica política de unos padres fundadores más o menos clarividentes o políticamente bienintencionados, sino en la razón técnica o práctica de la primacía, en su sentido más puramente económico. Si dejamos de lado fenómenos políticos de naturaleza bien diferente, como la formación y la unificación de Estados sobre una preconcepción de índole nacional<sup>336</sup>, el fundamento inicial de la mayoría de proyectos de integración suele ser económico y, más en concreto, basarse en la idea de progreso a partir de la apertura comercial<sup>337</sup>. El

---

<sup>334</sup> Y sin perjuicio de que en el contexto de la posguerra pudiera haber otros intereses, confluyentes o no, confesables o no, por parte de las grandes potencias (en particular de EE.UU., como hemos visto en la primera parte al referirnos al Plan Marshall y al orden económico internacional tras la Segunda Guerra Mundial). Obviamente el diseño político de Europa era un elemento de primera magnitud geopolítica tras la Segunda Guerra Mundial del que no eran ajenas ambas superpotencias, ni tampoco, obviamente, los Estados europeos directamente implicados (en especial los principales antagonistas Francia y Alemania).

<sup>335</sup> Comunidad de derecho se entiende así como puesta en común de capacidades de actuación o de gobierno mediante instrumentos y con efectos jurídicos o simplemente de capacidades jurídicas de actuación.

<sup>336</sup> Pensemos, por ejemplo, en las unificaciones de Alemania o Italia durante el siglo XIX o en la efímera República Árabe Unida.

<sup>337</sup> Probablemente es en la tensión integrada entre ambos elementos el económico y el político donde han de plantearse siempre los análisis sobre la integración. No en vano, como hemos visto al referirnos al período liberal de la economía internacional o *Pax Britannica*, parte de una identificación básica entre

establecimiento de un área comercial común puede ir seguido luego de proyectos más ambiciosos que pasen por distintas etapas, como la unión aduanera, la creación de un mercado común, la unión monetaria (más o menos incompleta) y, sólo en último extremo, la unión política<sup>338</sup>. En todo caso, el punto de partida de toda integración económica será la necesaria apertura comercial que lleva aparejada la necesidad de reciprocidad y homogenización en los términos de los intercambios, pero también la exigencia de determinados estándares comunes en las normas relativas a la producción y comercialización. Se impone, en último caso, la necesidad -al menos en ciertos ámbitos- de una homogenización jurídica que resultaría ciertamente compleja sin un mecanismo legal que pautase o armonizase las relaciones entre ordenamientos. Dicho en pocas palabras, sin homogeneización no hay apertura, y a tal necesidad responde el principio de primacía.

Esta razón técnica económica de la que trae causa la primacía se comprende bien si se pone en contacto con las teorías sobre los procesos de regionalización.

#### 1.1.1.2 Los procesos de regionalización y el sentido económico de la primacía

Como recoge Harmes (2014: 147) algunos intelectuales han cubierto el esquema de liberalización comercial con una estructura jurídica, un enfoque neoliberal del federalismo que denominan federalismo competitivo -o con Weingast “*market-preserving federalism*”-, caracterizado como un sistema de gobernanza multinivel<sup>339</sup> en el que en el nivel superior se preserva el libre mercado y la propiedad privada, sin capacidades de restricción por parte de las “sub-unidades” y en el nivel inferior se atiende a la redistribución, las políticas sociales, tributarias, etc. Weingast (1995) describe dos elementos principales de este modelo: (1) la existencia de una jerarquía<sup>340</sup>

---

comercio y paz. También de esa tensión nace una cierta ambivalencia del proyecto europeo que es a su vez plasmación del proceso globalizador y respuesta colectiva ante los retos que este genera.

<sup>338</sup> Reproducimos un arquetipo o planteamiento teórico que resulta coincidente con la práctica europea (hasta el punto de convertir el caso europeo en paradigma) en el que, aunque que se ponga el énfasis en la idea política de Europa y en los aspectos geopolíticos del orden de posguerra, se sustenta desde el principio sobre elementos de integración económica con ambiciones de progresiva profundización.

<sup>339</sup> Término que también hemos visto con Pernice al hablar de la constitución multinivel. No creemos que deba equipararse, al menos teóricamente. La existencia de un sistema multinivel es una cosa y el reparto de tareas o funciones entre los niveles es otra distinta (que efectivamente no resulta políticamente neutra).

<sup>340</sup> No creemos que en la formulación de Weingast este principio, la jerarquía o subordinación de gobiernos, deba tomarse al pie de la letra en su sentido jurídico, lo que podría ocasionar no pocos problemas para los teóricos de la soberanía; más bien parece que puede hablarse en sentido más amplio de

de gobiernos, de dos niveles de gobierno que rigen el mismo territorio y población; (2) la autonomía de cada nivel se ejecuta de forma automática (ejecutividad). A estos dos elementos principales, añade otros tres: (3) los gobiernos del nivel inferior regulan la economía; (4) se asegura el mercado común mediante restricciones regulatorias a los gobiernos del nivel inferior; y, (5) se establece un marco fiscal para las subunidades o gobiernos del nivel inferior que no tienen capacidad para imprimir dinero, ni acceso ilimitado al crédito, y una cláusula de *no-bail out* para el nivel de gobierno superior para el caso de dificultades de los niveles inferiores.

En la última parte de nuestro trabajo, tendremos oportunidad de profundizar en el federalismo competitivo o *market-preserved federalism*, pero ahora nos interesa la analogía que puede encontrarse entre éste y los procesos de regionalización<sup>341</sup>. Como señala Harmes (2014: 152), lo más importante en el caso de la regionalización es el cuarto de los elementos, la instauración de un mercado común sin barreras interiores, que llevará necesariamente aparejado la centralización o uniformización de las capacidades políticas sobre el derecho de propiedad (garantía del derecho de propiedad en sí, inversiones y movimientos de capital, propiedad intelectual e industrial<sup>342</sup>, etc.).

‘A common market is ensured, preventing the lower governments from using their regulatory authority to erect trade barriers against the goods and services from other political units’ (Weingast). In practical terms this implies either a *de facto* or *de iure* centralization of those policy capabilities related to the promotion of free markets, capital mobility and property rights. (Harmes, 2014: 152)

Y añade como ejemplos de ello, los acuerdos comerciales y la propia Acta Única Europea,

“Its for this reason that neo-liberal social forces have supported free trade agreements such as the WTO, NAFTA and the Single European Act, as well as the incorporation of

---

la aplicación preferente o primacía, como fijación de un criterio último de validez para el ejercicio del poder jurídico atribuido (*conferral powers*) a la entidad central o supraestatal. Obviamente, podríamos entender, que también se encuadran en la definición aquellos sistemas federales o cuasifederales caracterizados por relaciones de jerarquía *stricto sensu*; no en vano, su formulación originaria se refiere a los sistemas federales estatales.

<sup>341</sup> Sobre la base de algunas ideas de economistas como Buchanan, Hayek o Friedman.

<sup>342</sup> Por ejemplo, véase el art. 118 TFUE conforme al cual se establecerán medidas para “garantizar una protección uniforme de los derechos de propiedad intelectual e industrial”. En similar sentido, en relación con la política comercial común, véase el art. 207 TFUE.

Debemos aclarar que aunque el artículo 345 establece que “los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”, lo hace sobre la base de una cultura constitucional común sobre este Derecho y en la comprensión de que se trata de un elemento central del mercado común. A mayor abundamiento y ya muy avanzado el proceso de integración, conviene recordar que el derecho queda recogido en el art. 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.



various investor and intellectual property rights regimes within them”. (Harmes, 2014: 152).

En esta necesidad funcional de centralización de capacidades políticas -en particular, sobre el libre comercio, la libertad de movimientos de capital y el derecho de propiedad- intuimos el fundamento último de la primacía dentro del proceso de regionalización por excelencia, el de la integración europea.

Junto con esta centralización que implica una garantía para la seguridad y el desplazamiento de capitales -la *exit option* propia del liberalismo más clásico-, ha de apuntarse la importancia de un segundo elemento en sentido inverso o descentralizador, que favorece la creación de lo que podríamos definir como Estado de competencia<sup>343</sup>. Se trata de la descentralización de las “políticas relacionadas con la redistribución de la riqueza y la corrección de los fallos de mercado, lo que requiere no sólo evitar la creación de instituciones supranacionales que tengan esas capacidades, sino eludir o mitigar los efectos de la ratificación de acuerdos multilaterales de armonización internacional” [Harmes 2014: 153]. A todo ello nos referiremos con más detenimiento en la última parte de este trabajo al tratar los mecanismos de implantación transnacional de lo que Sassen define como *nueva normatividad global*.

Después de estas apreciaciones generales debemos repasar sucintamente la concreta evolución de la primacía, esencialmente jurisprudencial, desde la génesis de la construcción europea.

### 1.1.1.3 La afirmación de la primacía: génesis y evolución

#### a) Génesis. Los tratados fundacionales

Como señala Fernández Navarrete (2007: 11), frente a la más ordinaria cooperación económica, la integración económica consiste en el esfuerzo de un número reducido de Estados por superar el mercado nacional dentro del proceso de apertura e internacionalización de la economía propio de la globalización,

---

<sup>343</sup> En tanto que los distintos centros compiten por capitales e inversiones, mediante sus decisiones tributarias, su regulación del mercado laboral o la remuneración y seguridad de su endeudamiento público, por poner solo tres de los principales ejemplos.

Los procesos de integración económica se insertan en (...) las relaciones de economía abierta, que superan en intensidad a la cooperación. La integración económica implica la aceptación de unas reglas de disciplina más fuertes que las derivadas de otros compromisos internacionales como los de cooperación. Significa un intento de superar el mercado nacional, un marco de actuación que en el proceso de globalización resulta cada vez más insuficiente para los Estados, las empresas y los ciudadanos.

Con esta perspectiva principalmente comercial superadora del ámbito estatal, entre las ya clásicas fases o formas de integración en las que se encuentran actualmente implicados –en mayor o menor grado- casi todos los Estados, puede diferenciarse –*in crescendo*<sup>344</sup> - el área de libre cambio, la unión aduanera, el mercado común, la unión monetaria y, en último lugar, el espacio económico unificado o unión política (Fernández Navarrete, 2007: 11). Aunque puede hablarse de fases progresivas, obviamente cada proceso de integración sigue su propia evolución y sus miembros determinan la profundidad de de la misma. En el caso europeo el tránsito se produce en una primera fase desde el área de libre cambio a la unión aduanera y el mercado común. Dos elementos contribuyen a esta lógica: un *contenido inicial* muy delimitado sustantivamente (aunque bastante general en los términos políticos) y una serie de *principios jurídicos* de la integración que muy pronto serán desarrollados jurisprudencialmente, entre los que el principio de primacía aparecerá como la cláusula de cierre del sistema o cláusula natural de homogeneización para que la incipiente integración pueda funcionar.

En primer lugar, en cuanto al *contenido inicial*, son de sobra conocidos los principales elementos y objetivos incorporados en los tres Tratados fundacionales, pero debemos

---

<sup>344</sup> Sobre el carácter progresivo de algunos procesos históricos de integración económica que culminan en integración política son ilustrativas las palabras de Fernández Navarrete, que creemos que encuentran sintonía cuando menos con la intención política previa a Maastricht en la que se vislumbraba por un lado una unión económica y monetaria y por otra una unión política (véanse las respectivas CIG). Durante este trabajo plantearemos si no es este un enfoque cuestionable por determinista, tanto en cuanto a que ambas deban constituir fases sucesivas –casi por inercia- a partir del carácter de los mercados como constitutivos de comunidades políticas, como sobre todo en cuanto a que sea plausible –habida cuenta de las necesidades funcionales dentro de un espacio democrático- el funcionamiento prolongado de una unión monetaria, sin unión política (el caso contrario, encuentra un ejemplo reciente en la reunificación alemana, incluida la unión monetaria, en cuestión de seis meses; las bases son obviamente diferentes, pero el contraste resulta de utilidad).

“La integración es el tipo de relación económica más estrecha que los países pueden establecer entre sí manteniendo su independencia. Y puede llegar a ser tan fuerte que desemboque en un proceso de fusión de sus economías, conformando entonces un espacio económico único. Pero ese espacio unificado, para ser completo, no puede limitarse sólo a la esfera económica sino que deberá extenderse a la social y la política. En los procesos de integración y de fusión, el elemento motor ha sido históricamente el económico. Primeramente se han ido formando espacios económicos y tras ellos, bien de manera pacífica y las más de las veces de forma violenta, se han creado espacios políticos. Así se han formado la mayoría de los mercados nacionales y de los Estados nación que hoy existen.” (Fernández Navarrete 2007: 11)

recordar al menos lo esencial. Junto con las correspondientes metas fijadas en los estratégicos ámbitos industrial y nuclear por los Tratados por los que se establece la CECA y el EURATOM,<sup>345</sup> recordamos que los objetivos generales del Tratado de Roma por el que se establece la Comunidad Económica Europea eran la estabilidad y el aumento del nivel de vida, así como el establecimiento de relaciones más estrechas entre los miembros a través de la progresiva aproximación de las políticas económicas y del establecimiento de un mercado común (art. 2). Frente a las zonas de libre cambio como la EFTA (AELC), en la que se establece una libre circulación de bienes (y servicios), o frente a la unión aduanera (BENELUX, *Zollverein* de la Confederación Germánica desde 1834), que añade a la zona de libre comercio o dimensión interior, un arancel aduanero común o dimensión exterior, el mercado común conlleva una integración más profunda, que incluye la unión aduanera pero que, como dice Mangas Martín, la desborda (1996: 17). No en vano el mercado común integra todos los factores de producción, sustentándose en cuatro libertades fundamentales de circulación: mercancías, trabajadores (ampliado después a personas), capitales y prestación de servicios (con su corolario, el derecho de establecimiento). Como complemento necesario en el caso europeo se incluyó, además, el régimen de libre competencia, una política comercial común –interior y exterior- que completa la apertura comercial con su común diseño y marco de ejecución, así como otras políticas coadyuvantes (agrícola, transportes, etc.). Como sabemos, este proceso adquiriría una nueva dimensión con el objetivo incorporado en el Acta Única Europea (AUE) de alcanzar para 1992 un mercado interior único sin barreras de ningún tipo, en alusión no sólo a las arancelarias, suprimidas ya en 1968 al alcanzarse la Unión Aduanera, sino especialmente a las no arancelarias, es decir, las técnicas, fiscales y administrativas, utilizadas en ocasiones por los Estados para contrarrestar indirectamente la pujanza comercial de sus socios, pero fruto, en la mayor parte de los casos, de la discrepancia entre sus legislaciones internas.

---

<sup>345</sup> Sobre la CECA y la CEEA, aunque podrían sacarse conclusiones similares.

## b) Evolución jurisprudencial

### - Sentencia *Costa contra Enel*

En cuanto a los *principios jurídicos* organizativos, los Tratados fundacionales implicaban para los seis Estados parte la creación de una organización que disponía de instituciones, competencias y procesos de decisión para poner en práctica los objetivos señalados, o, dicho de otra forma, la creación de un orden jurídico diferenciado del de los Estados miembros y del Derecho Internacional. Si la piedra de toque del sistema era una cesión o limitación de la soberanía de los seis fundadores a través de la atribución a la nueva organización de la competencia sobre determinadas materias, el ejercicio de esta competencia debía llevar aparejada su eficacia directa y autónoma (efecto directo y autonomía), pues de lo contrario quedaría desfigurado el objetivo de alcanzar un mercado común que afectase directamente a los ciudadanos, algo que se encargó de reconocer inmediatamente el Tribunal de Justicia (sentencia *Van Gend en Loos* de 1963).

Considerando que, para determinar si las disposiciones de un Tratado internacional tienen dicho alcance, es preciso atender al espíritu, al sistema y al tenor literal de aquéllas. Considerando que el objetivo del Tratado CEE, que es el de establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad, implica que dicho Tratado constituye algo más que un Acuerdo, que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes; que esta concepción está confirmada por el Preámbulo del Tratado, que, además de a los Gobiernos, se refiere a los pueblos, y lo hace, de forma más concreta, mediante la creación de órganos en los que se institucionalizan poderes soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos; que, por otro lado, se ha de resaltar que los nacionales de los Estados reunidos en la Comunidad deben colaborar en el funcionamiento de ésta, a través del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social; que, además, la función del Tribunal de Justicia en el marco del artículo 177, cuya finalidad es garantizar la unidad de interpretación del Tratado por los órganos comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos; que, por esas razones, ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales. (FJ II.B p. 339).

Sin embargo, el reconocimiento de autonomía (al menos desde el punto de vista interno) y de la eficacia directa de los actos de la Comunidad en ejercicio de la competencia atribuida, no resulta suficiente para lograr los fines previstos en el Tratado, sino que para ello resulta elemental la homogenización o centralización que aportará el principio de primacía. No basta pues con el reconocimiento del carácter autónomo y la eficacia

directa y con la existencia de un órgano de garantía de uniformidad, el Tribunal de Justicia (y en buena medida la inicial y gráficamente llamada Alta Autoridad, la Comisión), sino que resulta necesario el reconocimiento intrínseco de esa homogeneidad que viene de la mano del principio de primacía y que será recogido por la sentencia *Costa contra Enel*, dando lugar al comienzo de lo que podríamos definir como la época dorada de la primacía<sup>346</sup>. A través de su fallo ante una cuestión prejudicial de interpretación, el Tribunal de Justicia reconoce la interrelación de los tres principios. La limitación de soberanía sobre determinadas materias contemplada en el Tratado propicia un “ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros”, lo que a su vez hace posible la creación de “un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos”. Todo ello no sería posible si las disposiciones posteriores de los Estados miembros prevaleciesen sobre las disposiciones comunitarias, por lo que la primacía del Derecho Comunitario aparece como corolario necesario que permite el cierre del sistema de relación entre ordenamientos,

Considerando que, a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales;” y “que, en efecto, al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de una *limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones* de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía, aunque en materias específicas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos. Considerando que esta integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento. (FJ p.105)

En el mismo sentido el Tribunal de Justicia confirma no sólo la primacía de los Tratados, en tanto que Derecho originario, sino la primacía del Derecho Comunitario derivado en virtud de la fuerza obligatoria y directamente aplicable de los reglamentos según el art. 189 del entonces TCEE, disposición que “carecería de alcance si un Estado pudiera unilateralmente destruir sus efectos mediante un acto legislativo oponible a las normas comunitarias” poniendo así “en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad”. En definitiva, como se afirma en la sentencia,

La transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no

---

<sup>346</sup> En tanto que resulta de sobra conocida, no nos centraremos más que en sus aspectos principales.

puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad.<sup>347</sup> (FJ p.106)

Para comprender bien las implicaciones del fallo del Tribunal de Justicia debemos recordar con Mangas (1996: 421), que el primer paso en la creación del Derecho Comunitario se da en virtud de principios de Derecho Internacional, concretamente del principio *pacta sunt servanda* entre Estados soberanos y se sostiene sobre el *principio de cooperación leal* conforme al cual los Estados se comprometen a abstenerse de adoptar cualquier medida que pueda poner en riesgo la realización de los objetivos de los Tratados (art. 5 TCE, actual art. 4.3 TUE).

Sin embargo, el fundamento de la primacía, perfilado a través de la interpretación del Tribunal de Justicia, trasciende en cierto modo interpretaciones más restrictivas características del Derecho Internacional histórico, por más que se apoye en los métodos de interpretación reconocidos por este ordenamiento,

No puede residir en los preceptos constitucionales [ni en las interpretaciones constitucionales de esos preceptos que no tengan en cuenta el Derecho Comunitario] de cada Estado miembro: sería un fundamento variado y variable con eventuales consecuencias distintas en el patrimonio jurídico de los particulares y en las obligaciones asumidas por cada Estado miembro. La primacía del Derecho Comunitario se funda, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la naturaleza y en los propios caracteres del proceso integrador mediante una interpretación sistemática y teleológica o finalista de los Tratados comunitarios. (Mangas, 1996: 421-422)

Esta consideración autónoma u originaria del Derecho Comunitario, desde el punto de vista interno, es lo que definíamos con Habermas como “su primera gran innovación”

---

<sup>347</sup> Conviene resaltar tres elementos añadidos: (1) El compromiso de los Estados y la correspondiente atribución a la Comisión de funciones para evitar distorsiones o asegurar la homogeneidad del Derecho Comunitario; (2) la directa vinculación de la cuestión en el caso concreto con la creación de un mercado común; (3) la concepción del Tratado como fuente directa de derechos para particulares y no sólo para los Estados parte en el mismo. Reproducimos varios extractos ilustrativos de cada una de estas cuestiones.

- (1) “Que, al obligarse ellos mismos sin ambigüedad a consultar preventivamente a la Comisión en todos los casos en que sus proyectos legislativos pudieran crear un riesgo, incluso pequeño, de posible distorsión, los Estados contrajeron pues un compromiso con la Comunidad, que les vincula como Estados, pero que no genera en favor de sus justiciables derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deban proteger.” (FJ p.107)
- (2) “Que, en virtud del artículo 92, los Estados reconocieron como incompatibles con el mercado común las ayudas de que se trata, y se comprometieron así implícitamente a no concederlas, salvo en las excepciones previstas por el Tratado; pero que, mediante el artículo 93, únicamente convinieron en someterse a procedimientos apropiados, tanto para suprimir las ayudas existentes, como para conceder otras nuevas”. (FJ p.108)
- (3) “Considerando que una prohibición, tan formalmente expresada, puesta en vigor con el Tratado en toda la Comunidad y por esa razón integrada en el sistema jurídico de los Estados miembros, constituye la propia ley de éstos y afecta a sus nacionales, a favor de los cuales ha generado derechos individuales que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar.” (FJ p.110)

en tanto que comunidad de Derecho supranacional que quedaría rota de antemano si no pudiera garantizarse como principio la homogeneidad de su aplicación o, dicho de otra forma, si no quedase vedada de principio toda eventual discriminación entre sus destinatarios y, más en particular, la que pudiera traer causa de una diferente legislación nacional sobre ámbitos de competencia comunitaria.

Como señala Mangas (1996: 424),

Si el ordenamiento comunitario tuviera que ceder ante normas constitucionales, legislativas o administrativas nacionales, el Derecho Comunitario no podría existir. A diferencia de la eficacia directa, que es una característica relativa, la primacía es una característica absoluta y la condición esencial de las propias CC.EE. Para el Tribunal de Justicia la primacía es la “regla fundamental para la existencia de la Comunidad” (y cita la sentencia *Comisión c. Bélgica* 149/79). Si la eficacia directa contribuye a la integración; la primacía condiciona la existencia misma de la integración.

Así, si se aceptase la primacía del Derecho interno, como señaló el propio TJ, “se atendería contra la unidad material y la eficacia del Derecho Comunitario y tendría ineluctablemente por efecto quebrar la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad”.

En esta génesis jurisprudencial del principio tenemos aún una cuestión más, sumamente problemática, en tanto que el principio de primacía no resulta suficiente para articular la totalidad de las relaciones conflictivas entre ordenamientos. Nos referimos, en particular, al eventual conflicto entre el Derecho Comunitario y las normas constitucionales.

- Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*.

Según decíamos, cuestión diferente es la posibilidad de conflicto entre Derecho Comunitario y constitución, algo que Mangas niega, en la medida en que toda incompatibilidad requeriría la previa reforma constitucional, en el caso español, conforme a los arts. 93 a 96 de la CE y a los principios que rigen las obligaciones internacionales y la responsabilidad del Estado por un eventual incumplimiento. Como hemos visto anteriormente, el propio Tribunal de Justicia ha rechazado explícitamente - y en un primer momento, sin matices- la posibilidad de que se primase la norma constitucional ante una norma UE, ya que “se atendería contra la unidad material y la eficacia del Derecho Comunitario y tendría ineluctablemente por efecto quebrar la

unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad” (Mangas, 1996: 429-430<sup>348</sup>).

Consideramos con Vecchio (2015: 40) que

Frente a un delicado problema de relación entre libertades económicas y libertades fundamentales [que podía como hizo la sentencia C-1/58 *Stork*, llevar a la irrelevancia de los principios fundamentales nacionales] los jueces excluyen la posibilidad de que al hacer referencia a disposiciones de rango constitucional pueda legitimarse la desaplicación del derecho europeo. Para evitar que la tutela de derechos fundamentales permita ‘dañar la unidad y la eficacia del ordenamiento comunitario’ [los jueces del Tribunal de Justicia en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*], resuelven la cuestión elevando las ‘tradiciones constitucionales comunes’ a principios generales del sistema supranacional<sup>349</sup>.

Parece que si sólo actúa como tribunal de Derecho Comunitario el Tribunal de Justicia hará difícil una ponderación entre las libertades económicas de los Tratados y los derechos sociales de las constituciones nacionales (Mangas, 1996: 514). Esta cuestión, como veremos más adelante, resulta clave, ya que, si, de un lado, el Tribunal evitará otorgar primacía a las normas constitucionales, incluso a las que reconocen derechos subjetivos, lo hace a costa de ponderar con finalidad homogenizadora de las libertades económicas de los Tratados con los derechos fundamentales (y en particular con los derechos sociales) recogidos en las constituciones nacionales.

Incide Díez-Hochleitner en la apreciación sin matices del Tribunal de Justicia en la mencionada sentencia cuando señala que “la alegación de violaciones bien de los derechos fundamentales, tal y como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, bien de los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado.”(Díez-Hochleitner, 2013: 2) La reacción a esta afirmación rotunda de la prevalencia del Derecho Comunitario sobre el Derecho nacional será una casi simétrica autoafirmación por parte de los tribunales superiores nacionales,

Naturalmente los tribunales constitucionales y los Tribunales supremos de los Estados miembro no pueden compartir la posición expresada sin matices por el Tribunal de Justicia en dicha sentencia. Sin embargo, en ocasiones adoptan posiciones igualmente carentes de todo matiz. (Díez-Hochleitner, 2013: 2).

---

<sup>348</sup> SS San Michele 1970; *Internationale Handelsgesellschaft* 1970; Liselotte Hauer 1979.

<sup>349</sup> *Ius publicum europeum*.



- Sentencia *Simmenthal* <sup>350</sup>

Todavía dentro de la época dorada de la primacía debemos referirnos a la sentencia en el asunto *Simmenthal*. La importancia de esta sentencia radica en que confiere al juez nacional la tarea de ser juez de Derecho Comunitario o dicho de otra forma, en palabras de Mangas, “al no tener que plantear la cuestión de constitucionalidad (control concentrado) se introduce en todos los Estados miembros la necesidad de un control difuso de la compatibilidad de la ley nacional con el Derecho Comunitario” (1996: 427). Para Vecchio (2015: 41), “con la sentencia *Simmenthal*, el Tribunal de Justicia excluye a las jurisdicciones nacionales del control del Derecho europeo y, junto a los jueces ordinarios plantea un sistema difuso de control de la legitimidad comunitaria”. En este sistema, sin que exista jerarquía entre órganos jurisdiccionales, los jueces nacionales aplican el Derecho UE e inaplican el Derecho nacional, en caso de que este sea contrario a aquel, elemento con el que se cierra el diseño del núcleo diferenciador del Derecho Comunitario con respecto al Derecho Internacional.

c) La primacía en los textos legales

Antes de referirnos al cuestionamiento de su carácter incondicionado, es decir, a las tensiones y límites sobre el principio de primacía –y aunque para ello sea necesario dar un salto en el tiempo-, conviene recordar dos hitos más en este repaso, necesario pero a vuelapluma, de la evolución del principio de primacía en la integración europea. Se trata de los dos intentos (uno de ellos fallido) de juridificación del principio en los Tratados. El primero se produce con su inclusión en el articulado del Tratado Constitucional nonato.

Artículo I-6  
Derecho de la Unión

La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros.

El segundo, esta vez efectivo, aunque a nuestro juicio algo menos ambicioso o más acotado, tiene lugar con su reconocimiento, vinculado a los términos jurisprudenciales

---

<sup>350</sup> Véanse pp. 426 y 427 Mangas (1996).

(en el sentido de la sentencia *Costa contra Enel*), en la declaración 17 de la Conferencia de Lisboa, con el siguiente tenor literal:

#### Declaración nº 17 relativa a la primacía

La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia.

Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260):

‘Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007. Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho Comunitario es un principio fundamental del Derecho Comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (*Costa/ENEL*, 15 de julio de 1964, asunto 6/64 (72) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia.’

Cabe añadir que el TCFA se ha pronunciado al respecto, señalando que la declaración no supone una modificación de los efectos legales del principio y que en tanto en cuanto la competencia de la Unión emana de los Estados, estos pueden controlar las actuaciones *ultra vires* de aquella.<sup>351</sup>

#### 1.1.4 Los límites de la primacía. La dialéctica primacía-supremacía constitucional

##### a) Las tensiones sobre el principio de primacía en el proceso de integración

La primacía, como lógica de homogenización y apertura que responde a un sentido jurídico-político y económico, no está exenta de tensiones, tanto intrínsecas como extrínsecas<sup>352</sup>. Llamamos *intrínsecas* a las tensiones derivadas del proceso de interiorización del principio entre los operadores jurídicos, especialmente relevante en el caso de algunos tribunales constitucionales, pero también observable en la tensión entre competidores comerciales dentro del mercado común -la tensión entre requerimientos de apertura y competitividad-, y sobre la que el principio de primacía

---

<sup>351</sup> Señala Habermas al respecto que “los tribunales nacionales no están autorizados a controlar los límites de la transferencia de derechos de soberanía (como cree erróneamente el TCFA). Pero sí a controlar la integridad de los principios nacionales constitutivos de la estructura jurídica y democrática de los Estados miembros.” (2012: 58).

<sup>352</sup> Véase Weiler (1999: 60 y ss.).

acaba imponiéndose como principio jurídico de homogenización consustancial al proceso, aunque no incondicional (contralímites).

Si estas tensiones responderían a su implantación, digamos, natural, creemos que puede identificarse un segundo hito en el que las tensiones vienen derivadas de motivaciones que llamamos *extrínsecas* o de origen extrínseco en la medida en que no tienen que ver tanto con la naturaleza del propio principio, sino con su articulación a medida que se profundiza en la integración o, dicho de otra forma, de la evolución de la construcción europea desde una primera fase que iría de la Unión Aduanera al Mercado común, hacia una segunda fase que comenzaría con el Acta Única Europea y que tiene por horizonte – en muchos sentidos aún incierto- una unión monetaria y económico-política. En esta fase, más que problemas o amenazas sobre el principio de primacía, pensamos que lo que resulta problemático es el propio proceso y los límites de la integración política a medida que se profundiza y se expande materialmente el espacio sobre el que la primacía debiera regir.

Pero vayamos paso a paso también nosotros. Ante los sucesivos pronunciamientos del TJCE que llegaron a afirmar prácticamente la incondicionalidad de la primacía, veamos cómo desde los TC de algunos Estados miembros se pretendió limitarla.

b) Primeras controversias. Los *contralímites* como respuesta a la pretensión de primacía incondicionada

A juicio de Vecchio,

El triunfo de la primacía ha tenido como consecuencia varios tipos de respuestas por parte de los sujetos que en manera directa o indirecta han padecido sus efectos. Desde el punto de vista jurídico, la reacción que ha suscitado mayor interés es –dice el autor- la de los tribunales constitucionales de los Estados miembros que, preocupados por la pérdida de sus propias competencias (debido al avance de la integración jurídica), han aprovechado el rango ordinario de la ley de ratificación de los Tratados y han establecido la idea de identidad constitucional como contralímite del Derecho Comunitario. (Vecchio 2015: 26)

Se refiere Vecchio a los distintos pronunciamientos que con diferente base y argumentos han protagonizado desde muy pronto, entre otros, los tribunales constitucionales de Alemania e Italia, propiciando que “el concepto de identidad constitucional se haya consolidado históricamente como límite de la teoría de la primacía incondicionada elaborada por los jueces de Luxemburgo” (2015: 27).

Así por ejemplo lo hizo la *Corte Costituzionale* italiana en los casos *Acciaierie San Michele* de 1965 y *Frontini* de 1973, al reconocer como tope a la primacía del Derecho Comunitario el respeto a “los principios fundamentales del ordenamiento y los derechos alienables del ser humano”, como “contralimitaciones” o “contralímites” de base constitucional a dicho principio de primacía,

Por otra parte, exactamente como en el caso *Acciaierie San Michele*, la Corte Costituzionale declara el principio según el cual, el ordenamiento europeo y su establecimiento, no se encuentra incondicionado, sino más bien subordinado a específica “contralimitaciones” [o contralímites]: los principios fundamentales del ordenamiento y los derechos inalienables del ser humano, representan obstáculos insuperables, que nuestro sistema constitucional se reserva, para oponerse a las limitaciones de soberanía consentidas por el art.11<sup>353</sup> (Vecchio, 2015: 51).

En el mismo sentido, aunque mucho más matizadamente, se pronunciaría el TCFA afirmando su eventual capacidad futura para juzgar “la conformidad del Derecho Comunitario con los principios fundamentales de la Constitución” (2015: 60)<sup>354</sup>, frente a la incondicionada pretensión de primacía reclamada para el Derecho Comunitario por el Tribunal de Justicia. En palabras de Vecchio (2015: 69),

Es lógico concluir que el Tribunal federal alemán preocupado por las consecuencias de una concepción incondicionada de la primacía, que el Tribunal de Justicia expone a causa de la idea de uniformidad y siguiendo las indicaciones de una cierta doctrina “tradicionalista” basada en la idea de identidad constitucional, se otorgue a sí mismo la función de defensor de la Constitución nacional.<sup>355</sup>

Como vemos, la idea de identidad constitucional o principios constitucionales surge pronto, como contralímite a la incondicionalidad de la primacía recogida en algunas sentencias del TJ que, unida a la *vis expansiva* de la competencia de la UE, podía hacer temer a los órganos constitucionales nacionales que las respectivas normas fundamentales fueran completamente desplazadas por el ordenamiento comunitario – especialmente en lo tocante a algunos derechos fundamentales. Debemos anticipar aquí que esta idea de identidad constitucional como contralímite que surge tempranamente difiere de la más reciente, vinculada no tanto a la limitación de la primacía como a la

---

<sup>353</sup> El equivalente al art. 93 de la Constitución Española.

<sup>354</sup> En realidad, el TCFA, se limita a rechazar la directa invocación de su control de los actos comunitarios, pero deja sin resolver el alcance de su labor futura de verificación de la conformidad entre el Derecho Comunitario y los “principios fundamentales” de la LFB. En resumen, se trataría de señalar por un lado su voluntad de no interferencia con el proceso de integración y por otro de “aclarar que la cesión de soberanía no es incondicionada” (Vecchio 2015: 60).

<sup>355</sup> Sin embargo, la doctrina de los contralímites de la identidad nacional tuvo, al menos en los primeros momentos, poca aplicación práctica (Vecchio, 2015: 27) en la medida en que como hemos señalado la integración progresa adecuadamente, pero aún discurre por campos lejanos a los de esos principios constitucionales nodales.

contención de la integración. Vecchio señala en ese sentido que “las recientes aplicaciones jurisprudenciales de la cláusula de salvaguardia de la identidad constitucional difieren de la tradicional interpretación que se le daba a la misma” (2015: 29).<sup>356</sup>

c) Tipos de límites.

Hasta aquí la evolución del principio de primacía, que nos conduce desde su afirmación inicial como condición necesaria de la integración, hasta la limitación de su carácter incondicionado, consagrándose finalmente -más allá de la efectiva y progresiva interiorización del principio- en el texto de los Tratados (aun en lugar tan poco protagonista como el Protocolo nº 17). Vamos a referirnos ahora a la tipología de límites que los tribunales nacionales –sobre todo el TCFA- han planteado a la primacía, cada vez con más sofisticación desde ese cuestionamiento de su carácter incondicional que tiene lugar ya antes de Simmenthal.

Sin necesidad de una reflexión profunda puede entenderse que surjan dos límites cuasi-naturales: (1) en primer lugar, la eventual colisión con los derechos fundamentales previstos en estas normas constitucionales (colisión entre derechos sociales y libertades económicas, vulneración del derecho de propiedad, etc.<sup>357</sup>); (2) en segundo lugar, la actuación *ultra vires* o más allá de las competencias atribuidas; conviene recordar que la

---

<sup>356</sup> Vecchio señala además que esta inercia conduce al vaciamiento de la primacía mediante distintas técnicas o prácticas jurisdiccionales (2015: 29-30). Se estaría produciendo un redimensionamiento de la aplicación de la primacía, con el subsiguiente “cambio en el proceso de integración, de un paradigma multinivel a un paradigma de integración asimétrica” como consecuencia de la desigual aplicación. Se pretendería en última instancia limitar “la extensión de las competencias, la ampliación territorial y la agilización de la toma de decisiones por parte de la Unión, con un nuevo (y efectivo) poder de suspensión de la eficacia de las normas comunitarias más problemáticas.” (2015: 30). Compartimos con Vecchio la opinión sobre la inercia generada por la reconfiguración o revigorización del principio de identidad constitucional, pero no tanto el análisis de su efecto sobre la primacía. Más bien creemos que debe procederse a la lectura de la identidad constitucional desde la afirmación o redefinición de la soberanía, como límite a la atribución.

Resulta preciso añadir un comentario más: puede tratarse simplemente de un freno a la *vis expansiva* de la que hablábamos con Weiler o dicho de otra forma del exceso sobre lo dispuesto en los Tratados. La cuestión es que en lugar de adoptar la fórmula de afirmar tal exceso, se adopta una perspectiva de intangibilidad constitucional vinculada a un núcleo de la soberanía que –al menos en el caso del TCFA- se considera indisponible, marcando así un nuevo rumbo de la integración caracterizado por la recuperación de la versión más rancia de la soberanía y no exenta de efectos prácticos (por ejemplo, en relación con la UEM).

<sup>357</sup> En la medida en que la ponderación de derechos es una estrategia inherente al Estado constitucional puede comprenderse que las libertades o derechos económicos pueden requerir ponderación con los sociales

primacía rige en relación con aquellas materias sobre las que existe competencia comunitaria y en consecuencia no se prolonga por la zona de actuación no cedida. Un tercer límite (3), tal vez algo menos intuitivo –al menos en su formulación reciente<sup>358</sup>–, es el que viene establecido por el desarrollo jurisprudencial del principio de identidad constitucional. Repasemos sucintamente estos tres tipos de controles a partir de la jurisprudencia del TCFA:

- Control de Derechos Fundamentales

En un primer momento, en la conocida como sentencia *Solange I* (1974), el TCFA reclamaría la competencia para enjuiciar si el Derecho Comunitario resultaba compatible con el “estándar de protección” de los derechos fundamentales de la Constitución alemana. Esta afirmación resultaría matizada años después en la conocida como sentencia *Solange II* (1986) en la que el TCFA señala que no “ejercería tal revisión, mientras o en tanto en cuanto<sup>359</sup>” en el ámbito comunitario se protegieran los derechos fundamentales al mismo nivel que lo hace la LFB.

En tanto que las Comunidades Europeas, en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, garanticen de manera general una protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las Comunidades, que ha de considerarse equivalente en lo esencial a la protección de los derechos fundamentales incondicionalmente ofrecida por la Ley Fundamental, toda vez que garantiza con carácter general el contenido esencial de los derechos fundamentales, el Bundesverfassungsgericht no ejercerá en lo sucesivo su competencia jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho Comunitario derivado que se alegue como fundamento de una conducta de los órganos jurisdiccionales o de las autoridades en el ámbito de soberanía de la República Federal de Alemania, y en consecuencia no revisará dicho Derecho derivado a la luz de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental (FJ 2º).<sup>360</sup>

- Control *ultra vires*

Por su parte, en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht (1993) el TCFA ampliaría su ascendencia sobre el Derecho europeo enfatizando “su papel como jurisdicción de

---

<sup>358</sup> Como afirma Pernice (2011: 7 y 25) el principio aparece en su configuración reciente con la sentencia *Lisboa*. Otros autores como Vecchio (2015) parecen asumir que el principio existió desde etapas iniciales. Como hemos señalado anteriormente nos inclinamos por diferenciar la defensa inicial de los principios constitucionales de la configuración del principio de identidad constitucional en Lisboa (y antes aunque sea incipientemente en Maastricht), en tanto que tanto su contexto como su sentido o intencionalidad difieren ostensiblemente.

<sup>359</sup> *Solange*.

<sup>360</sup> Traducción al castellano. *Revista de Instituciones Europeas*, nº14 septiembre-diciembre 1987, pp. 881 y ss.

revisión” (Corti et al., 2011: 830). Así, al control de derechos fundamentales le añade un control *ultra vires* de los actos comunitarios que pudieran ser dictados en exceso de las competencias cedidas por los Estados en los Tratados. Además, en la sentencia, el TCFA reitera la doctrina *Solange* arrogándose la competencia para enjuiciar la compatibilidad del Derecho Comunitario con los derechos fundamentales recogidos por la LFB, matizando en la posterior sentencia *Banana Market* (2000), en la misma línea que *Solange II*, que tal control solo se ejercería en caso de insuficiente protección de los derechos en la UE.<sup>361</sup> Aunque el TCFA ha reiterado su posición de guardián, ésta no cristaliza en un conflicto abierto sino, más bien, en un “sutil equilibrio”<sup>362</sup>,

[El TCFA] ha afirmado de forma repetida su papel de último garante de la aplicación del Derecho Europeo, cuando el Constitucional ha tenido la oportunidad de poner en práctica la capacidad de revisión del Derecho Comunitario, las condiciones que él mismo ha determinado han sido tan restrictivas que tal examen ha devenido imposible en la práctica. (...) Si bien la contienda dialéctica entre Karlsruhe y Luxemburgo ha sido vivaz, la tensión nunca se ha transformado en conflicto abierto. El resultado ha sido el mantenimiento de un sutil equilibrio que, a su vez, ha favorecido el enriquecimiento mutuo de los ordenamientos jurídicos respectivos. (Corti et al., 2011: 830-831)

- Control de identidad constitucional<sup>363</sup>

---

<sup>361</sup> El TCFA inadmite el motivo de los recurrentes según el cual a partir de Maastricht entraría en vigor un sistema europeo de derechos fundamentales cuya delimitación y aplicación vendría definida por la heterogeneidad de las distintas tradiciones y por el control del TJUE, lo que ocasionaría una rebaja de la protección en Alemania. Ante esto el TCFA se acoge a su propia jurisprudencia (*Solange I y II*) para afirmar su competencia para comprobar la existencia en el Derecho UE de un estándar mínimo de protección compatible con la LFB y el ejercicio de tal control en “relación de cooperación” con el propio TJUE.

<sup>362</sup> Lo que gráficamente Corti et al., definen como “perro ladrador” (2011: 830). Así mismo, plantean si la sentencia de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa no supuso la ruptura de ese equilibrio. Luego nos referiremos a ello.

<sup>363</sup> Téngase en cuenta que algunos autores como Vecchio (2015) denominan la doctrina de los contralímites como doctrina de la identidad constitucional italiana. La cuestión es si se puede separar, si existe una diferencia significativa, entre los esfuerzos iniciales por limitar el principio de primacía y la posterior juridificación del concepto en los Tratados e implantación de este control de identidad constitucional en la doctrina del TCFA. Pensamos que, efectivamente, la separación es deseable en tanto que se ha producido un giro o evolución en la interpretación jurisprudencial, de manera que se trataría de dos concepciones diferenciables de la identidad constitucional. La primera surgiría en el proceso lógico de ponderación de la primacía como principio de relación entre ordenamientos que, al menos desde la perspectiva de los órganos constitucionales nacionales, hace necesaria la preservación de los principios constitucionales fundamentales o contenido constitucional esencial –que ante el avance (en ocasiones casi de facto) de la integración puede verse desbordado. Por el contrario, la segunda concepción, más explícitamente denominada “identidad constitucional”, aunque obviamente pueda tener importantes puntos de tangencia con la anterior, se origina en un contexto diferente (no es lo mismo 1965 que 1992 o 2009) y sobre unos postulados doctrinales distintos. Estos son, desde luego, los de la preservación de los principios constitucionales, pero con un elemento añadido: la afirmación jurisprudencial (TCFA) de una concepción de la soberanía más propia del siglo XIX que de finales del XX o principios del XXI. Digamos que no es que las primeras sentencias no tengan en cuenta la tesisura ante la que el principio de primacía pone a las constituciones nacionales y traten de contener o ponderar sus implicaciones para la soberanía (negatividad), sino más bien que en este segundo momento, el concepto viene cargado con especial intensidad de una determinada idea de soberanía (positividad). En sentido diferente véase Menéndez, A.J. (2013), “Una concepción alternativa de la identidad constitucional en el Derecho

Puede decirse que en la sentencia *Lisboa* el TCFA mantiene los dos anteriores controles –derechos fundamentales y *ultra vires*- y añade un tercero, en relación con la identidad constitucional, como concepto indeterminado al que el propio TCFA dota de contenido vinculando soberanía, estatalidad y democracia. Por un lado ampliaría el control *ultra vires* al referirse a la identidad constitucional “como un estándar adicional de control” (Corti et al., 2011: 832) y por otro dotaría de contenido este concepto indeterminado al señalar, sin ánimo exhaustivo, ciertas materias específicas como ámbitos sobre los cuales el TCFA consideraría ejercer un control. Además, y el paso no es menor, sobre estos ámbitos quedaría constitucionalmente vedada una eventual cesión de competencias, insertándolos dentro de la cláusula de intangibilidad o espacio de indisponibilidad para el poder de revisión constitucional. Al hablar del ámbito financiero nos referiremos precisamente a una de esas materias o “líneas rojas (*red lights*) sobre las que las políticas europeas sólo podrán actuar de forma restrictiva. Nos referimos a lo que el TCFA define como “autonomía fiscal o presupuestaria”.

Como señalan Corti et al., (2011: 843) la aplicación práctica de la doctrina *Lisboa* tuvo lugar muy pronto; “la falta de precisión sobre las condiciones que propiciarían el control *ultra vires* así como la omisión en la sentencia *Lisboa* a cualquier tipo de cooperación entre Karlsruhe y Luxemburgo habían hecho de la sentencia *Honeywell*, un esperado caso a través del cual esclarecer tales puntos oscuros”<sup>364</sup>. Los matices introducidos en *Honeywell* son relevantes, en tanto que “sólo en circunstancias excepcionales –si se altera el equilibrio de forma *generalizada*<sup>365</sup>- puede darse una violación del principio de atribución de competencias que justificase la inaplicación del derecho UE”. En todo caso, el TCFA se obligaría a solicitar una cuestión prejudicial antes de cualquier inaplicación, es decir, “habría que dar una oportunidad al TJ en su rol de garante de la legalidad de la aplicación de los tratados.”<sup>366</sup> Podría mantenerse que en *Honeywell* se

---

Comunitario: de las excepciones idiosincráticas a la resistencia constitucional colectiva”, *AFDUAM* 17, pp. 561-580. Nos referiremos después, en la segunda parte de este bloque, a esta concepción de la identidad constitucional vinculada a una idea clásica de soberanía.

<sup>364</sup> Como había ocurrido años antes en *Banana Market* en relación con *Maastricht*.

<sup>365</sup> No de manera aislada, sino que se estaría enjuiciando el equilibrio de las relaciones institucionales, a diferencia de lo que ocurre en caso del control de derechos fundamentales.

<sup>366</sup> Nanclares (2011: 126) recoge la discusión, dentro de la doctrina alemana, sobre la necesidad de un cambio en el derecho alemán para explicitar la posibilidad de plantear esta cuestión prejudicial. En el caso español tampoco existe previsión legal o constitucional al respecto, sin perjuicio de la posibilidad de articular mecanismos y actuaciones similares en virtud de los arts. 10.2 y 24 CE y del artículo segundo y ss. de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. En ese sentido –en el de la



desarrolla *Lisboa* de un “modo europeísta” desde el punto de vista formal, ya que se “reconoce la competencia exclusiva del TJUE como garante de unidad y coherencia del Derecho de la Unión”, que podría quebrarse si los Estados se atribuyesen el control de “su validez aun cuando esos actos fueran manifiestamente *ultra vires*” (Corti et al., 2011: 847). La doctrina de la sentencia *Lisboa* quedaría de esta forma suavizada en sus implicaciones prácticas inmediatas, si bien desde el punto de vista material se mantienen las implicaciones de aquel pronunciamiento, especialmente las derivadas del desarrollo del principio de identidad constitucional.

d) ¿La superación de la controversia?

Hasta aquí el rápido repaso de la controversia entre primacía del Derecho europeo y afirmación de los ordenamientos estatales (y en particular pretensión de supremacía constitucional). En este sentido Díez-Hochleitner, afirma que el principio de primacía sirve para comprender las relaciones entre el Derecho Comunitario y el ordenamiento infraconstitucional, pero no colma las necesidades derivadas de la relación entre aquel ordenamiento y las normas constitucionales de los Estados miembros, que no pueden resolverse ni con el principio de primacía reclamado por el TJ, ni con el principio de supremacía constitucional invocado sin matices por el TCFA, sino atendiendo a los objetivos de la construcción europea mediante un enfoque de “pluralismo constitucional” y de diálogo jurisdiccional que contribuya a una perspectiva de ordenamiento constitucional integrado o compuesto. Este enfoque plantea varios problemas que no pueden resolverse sólo mediante una interpretación *pro unione* de los tribunales nacionales -lo que sin duda sería un gran paso- y mediante una integración de los principios constitucionales por parte del TJ.

Conforme a esta tentativa superadora (Díez-Hochleitner, Corti et al.) más que ahondar en la tensión entre soberanía (identidad constitucional) e integración (primacía) se debería apostar por superar esta lógica y describir la situación como la de un

---

necesidad y posibilidad de plantear la cuestión- parece pronunciarse Díez-Hochleitner a la luz de la Declaración 1/2004 del propio TC (2013: 34). La primera cuestión prejudicial planteada por nuestro TC lo fue en 2011 en relación con la euroorden: Auto 86/2011 de 9 de junio de 2011; cuestión prejudicial ante el TJUE. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/22561>

Véase Arroyo Jiménez, L., “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias”, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, WP IDEIR nº 8, 2011.

ordenamiento integrado, concepción que serviría de base para el efectivo diálogo judicial. Señala Vecchio (2015: 28) que quienes postulan la existencia de un único ordenamiento integrado por los sistemas nacionales y europeo, consideran que “la identidad constitucional (y los contralímites en general) no representarían hoy en día un desafío creíble a la primacía sino que (...) serían el medio para consentir el diálogo perfecto entre las instituciones judiciales de los dos niveles del sistema integrado y para garantizar la unidad del ordenamiento”.

Sin embargo, pensamos que habría de tenerse en cuenta si de lo que se trata mediante el diálogo judicial es de ajustar una decisión política previa (una actuación *ultra vires* o un caso de simple ponderación, por ejemplo), colmando las insuficiencias que el principio de primacía pueda tener, o por contra, el diálogo judicial se dirige más bien a sustituir o colmar una insuficiencia de la norma de atribución (es decir, una decisión política) mediante la interpretación, o incluso, la *creación* judicial. Creemos que el desarrollo del principio de identidad constitucional y la gestión jurisprudencial de los principales hitos de la crisis han ido más bien esa dirección. Estaríamos, en definitiva, más que ante una crisis de la primacía ante una crisis de la atribución, es decir, una crisis de la integración en tanto que desde una determinada perspectiva doctrinal –la de la identidad constitucional como teoría de la soberanía- se enfrenta a sus propios límites.<sup>367</sup>

Veamos pues con más detenimiento el principio de identidad constitucional, examinando su fundamento.

#### **4.1.2 Identidad constitucional.**

Más allá de constituir el tercer tipo de control o límite a la primacía, como hemos recogido con gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, el principio de identidad constitucional condensa una idea clásica<sup>368</sup> de soberanía que la identifica con estatalidad y que vincula principio democrático y Estado nación. Es por ello que si anteriormente lo hemos tratado en tanto que límite a la primacía mantenido por la jurisprudencia, ahora cambiaremos de punto de vista para estudiarlo en su fundamento, es decir, estudiando

---

<sup>367</sup> ¿Los límites del constitucionalismo más allá del Estado?

<sup>368</sup> Nanclares habla de conclusiones en exceso trasnochadas en su visión de la UE (2011: 112).

su construcción, sentido y contenido en los alrededores del concepto clásico de soberanía.<sup>369</sup>

Creemos que hay que enfocar a este principio el problema de gobierno que tratamos en esta parte. Estamos ante un problema de profundización en la integración, en tanto que el principio de identidad constitucional fija límites a la integración a partir de un concepto de soberanía más propio del siglo XIX. Después veremos cómo partiendo de ese principio se modulan las actuales normas de gobierno económico y financiero (Grecia, MEDE, OMT), convirtiendo al diálogo judicial (cuando no simplemente a las decisiones del TCFA) en el “moderador”, controlador de la gestión de la crisis o, dicho de otra forma, haciendo del diálogo judicial una manera natural de plasmar el equilibrio de poder (*realpolitik*) (“placas tectónicas” dice Vecchio [2015: 28] recogiendo la imagen de la doctrina italiana) a través de la ponderación caso por caso de ese concepto de identidad constitucional<sup>370</sup>.

...

Aclaremos para comenzar que el Tratado de Lisboa recogió en el art. 4.2 del TUE una formulación, digamos, un tanto amalgamada del principio,

2. La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro.

Creemos que más allá de esta jurificación un tanto confusa, su estudio requiere centrarse en algunos pronunciamientos jurisprudenciales a través de los cuales se ha producido su desarrollo. Venimos viendo la importancia de ciertas decisiones de la justicia constitucional europea (principalmente de la italiana y la alemana). Desde ahora atenderemos más si cabe a la doctrina del TCFA, cuya importancia se puede resumir en las palabras de Aláez,

---

<sup>369</sup> El pronunciamiento del TCFA en la conocida como sentencia *Lisboa*, tiene al menos dos implicaciones en relación con el concepto de identidad constitucional. La primera es, como acabamos de ver, que este se erige en un límite a la primacía (cuando podría haberse establecido una imbricación entre Derecho UE y Constituciones nacionales a partir del principio *Europarechtsfreundlichkeit*) en la línea seguida para los derechos fundamentales. En segundo lugar, establece un núcleo constitucional intangible, un límite a la integración. Creemos que debe ser estudiada desde esta segunda perspectiva.

<sup>370</sup> Más bien, estaría ocurriendo esto último

Las peculiaridades del ordenamiento constitucional alemán –con un amplio sistema dirigido a garantizar la supremacía de la Constitución y su carácter de norma jurídica-, así como el papel preponderante de este país en el proceso de integración europea, contribuyen a que la decisión del BVerfG trascienda las fronteras de la misma RFA y su doctrina sobre las relaciones entre el Derecho Comunitario y el derecho nacional constituya para muchos un punto de referencia válido. (Aláez, 1995: 244)

Las sentencias del TCFA sobre los Tratados de Maastricht y Lisboa, así como sus decisiones de los últimos años sobre los programas de asistencia financiera y alcance de la política monetaria son hitos de la mayor importancia en la reciente evolución de la integración europea. El TCFA ha marcado la pauta en una serie de decisiones mediante una suerte de *activismo judicial* o hiperpresencia en la esfera pública europea. En consecuencia, en lo sucesivo nos centraremos casi exclusivamente en jurisprudencia del TCFA<sup>371</sup> (y en su interrelación con el TJUE) en torno al concepto de identidad constitucional. Veremos primero la concepción del TCFA y después la crítica a dicha concepción.

4.1.2.1 Identidad constitucional y concepción clásica de soberanía del TCFA. Las sentencias Maastricht y Lisboa del TCFA.

La doctrina coincide en situar al TCFA en una cosmovisión de la integración europea en clave nacional. En ese sentido, afirma Álvarez (2013: 262) que,

Las sentencias sobre la constitucionalidad de los Tratados de Maastricht (1993) y de Lisboa (2009) —quizás las que más reflejan el aparato categorial empleado por el TCF para definir la naturaleza y funciones de la UE— se sustentan en buena medida en categorías vinculadas a la teoría tradicional del Estado de los siglos XIX y XX. Una de las notas definitorias de este constructivismo dogmático fue justamente haberse edificado sobre la idea de Estado nación, que llevaría a definir (...) la ciencia jurídica como disciplina principalmente nacional.

En esa línea de recepción de la teoría clásica de la soberanía, uno de los puntos más controvertidos de la sentencia *Lisboa* (parr. 344) es la alusión a Jellinek,

No puede pasar desapercibido efectivamente que en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa de 2009 la obra *Allgemeine Staatslehre* de Georg Jellinek (1900) —una de las más expresivas de un positivismo jurídico edificado sobre los elementos del territorio y de un pueblo nacional—, aparezca citada expresamente como base categorial de referencia para fundamentar y limitar el proceso de construcción europea [en] el siglo XXI. (Álvarez, 2013: 262)

---

<sup>371</sup> Sobre la jurisprudencia del TCFA, riesgos de sus exégesis y bibliografía al respecto puede verse Martín y Pérez de Nanclares, J., “Órdago del Tribunal Constitucional Alemán al Proceso de Integración Europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)”, *REAF*, núm. 13, 2011, p. 97-145.

Dentro de esta concepción en clave nacional, en la sentencia *Lisboa* pueden distinguirse dos vertientes de la soberanía (Álvarez, 2013): formal –la competencia sobre la competencia, la soberanía *stricto sensu*- y material –el principio democrático. Veamos ambas con algo más de detenimiento:

(1) En primer lugar, desde una perspectiva formal, se afirma el principio de la competencia sobre la competencia como expresión formalizada de la soberanía del Estado alemán. Tal principio se articularía a través de tres elementos recogidos por el TCFA: (a) La necesidad de cesión “singular y limitada” de competencias, en tanto que de lo contrario se estaría cuestionando la soberanía del Estado alemán (los Estados como “señores de los tratados” o *Herren der Verträge*); (b) su reverso, el control *ultra vires*, de cuya formulación se puede entender, según Álvarez (2013: 270) que “el principio de competencia sobre la competencia en la jurisprudencia del TCF concibe al Derecho alemán como fuente sobre la aplicabilidad del Derecho Comunitario”; y (c) la reversibilidad de la integración<sup>372</sup>.

Una multiplicidad de elementos forman parte de esta noción de la soberanía, entre los que destacan en la sentencia *Lisboa*:

La consideración del pueblo alemán como titular de la soberanía y negación de un pueblo europeo, la definición de Alemania como uno de los «señores de los tratados», la conceptualización de la UE como una «asociación de Estados soberanos», alejada de la estructura de un «Estado» federal», han de considerarse también manifestaciones de la clásica concepción de la soberanía y del discurso nacional indefectiblemente vinculado a ella. No es de extrañar que los conceptos de Constitución, de dignidad humana (1,1 GG), de democracia (79,3 GG) o de Estado federal (art. 20,1 GG) aparezcan definidos conforme a las normas constitucionales, operando como únicos conceptos válidos conforme a los que analizar el funcionamiento de la UE. (Álvarez, 2013: 263-264)

En realidad, lo que subyace detrás de esta concepción es la idea del carácter derivado del Derecho de la UE que vendría implícita en el principio de competencia de atribución como primer elemento de la relación entre ordenamientos nacionales y europeo. Esto

---

<sup>372</sup> La inclusión del art. 50 del TUE que prevé la posibilidad de salida de un Estado, a través de un procedimiento recién invocado por el Reino Unido parecería zanjar el debate apuntalando la idea de los Estados como “señores de los Tratados”. No obstante, no creemos que pueda considerarse una cuestión pacífica, al menos en cuanto a los derechos subjetivos. Y es que aunque el TFUE disponga que la ciudadanía de la Unión va aparejada a la ciudadanía de los Estados miembros, no creemos que resulte posible mantener esa atribución exclusiva de los Estados como dueños y señores de los Tratados. Y ello tanto por razones jurídicas –el reconocimiento de situaciones jurídicas preexistentes-, como políticas –no puede obviarse el sentido político de la integración, de manera que si no puede hablarse de la existencia de un pueblo europeo, sí de la constitución de una comunidad política transnacional. Probablemente esta cuestión evolucionará en sede judicial en paralelo a la activación del art. 50 TUE.

lleva a su vez a considerar la primacía como primacía de aplicación y no de vigencia (Habermas, 2012: 58) o, dicho de otra forma, a situar la competencia sobre la competencia (*kompetenz-kompetenz*) en el ordenamiento nacional de manera que, como señala Álvarez (2013: 263), se condicionaría “la aplicabilidad del Derecho Comunitario a la previa existencia de un acto interno habilitante del Derecho alemán”.

(2) En segundo lugar, el TCFA contempla, desde una perspectiva material, la necesidad de respetar la identidad constitucional como el contenido decisorio mínimo para poder hablar de un orden soberano,

La jurisprudencia del TCF, además de imponer en el proceso de integración europea el respeto de los elementos formales de la soberanía del ordenamiento alemán, condicionando la eficacia del Derecho Comunitario a la existencia de un previo acto interno habilitante, ha exigido a la UE el respeto de su «identidad nacional». Esto es, del contenido de las facultades decisorias que han de permanecer indispensablemente en sus órganos constitucionales es para poder seguir considerándose como los actores de un orden soberano. En definitiva, el alcance material del principio de atribución competencial singular y limitada. (Álvarez, 2013: 270-271)

Esta concepción material viene vinculada al *principio democrático*, no tanto en su vertiente procedimental, como en la sustantiva, que se configura como “núcleo de la estatalidad alemana”, expresión de su soberanía e identidad constitucional nacional,

Si la Sentencia sobre el Tratado de Maastricht, supuso una cierta relativización de la concepción formalizada de democracia que, vinculada a presupuestos orgánico-procedimentales y a una relación de imputación respecto del titular de la soberanía, se apreciaba en una determinada jurisprudencia, la Sentencia *Lisboa* de 2009 ha acabado por vincularse más a criterios materiales. (Álvarez, 2013: 271)

En consecuencia esa configuración material del principio democrático<sup>373</sup> quedaría condensada en la fórmula de preservar para el Estado alemán –y en concreto para la Dieta Federal- ciertas “competencias políticas de peso sustancial”. Más adelante volveremos sobre esta cuestión al tratar dos de estos ámbitos competenciales reclamados por el TCFA: la autonomía financiera y la política social.

---

<sup>373</sup> Esto es la “determinación de lo que desde siempre ha constituido (historicista) la soberanía estatal” (Álvarez, 2013: 274). Cuestión de soberanía sustantiva que choca quizás con los presupuestos fundamentales de la integración (*Europarechtsfreundlichkeit*).

En referencia a la historia constitucional alemana establece Álvarez (2013: 281) un cierto paralelismo: “El detenido análisis de la sentencia *Lisboa* parece evidenciar el retorno del TCF a su jurisprudencia más temprana, cuando la definición historicista y decisionista del orden democrático liberal sirvió directa e inmediatamente para construir un mecanismo de defensa de la Constitución *ad intra* frente a los enemigos de la democracia. La alusión en la sentencia *Lisboa* al principio de la dignidad humana que ya en la temprana jurisprudencia justificó dogmáticamente la necesidad de responder frente a los enemigos internos de la democracia, y las constantes críticas a la concepción de la democracia en el seno de la UE, hacen reflexionar si el TCF ha desempolvado la vieja espada oxidada de la defensa constitucional para esgrimirla ahora *ad extra*”.

...

Un antecedente directo de esta visión en clave nacional del TCFA en *Lisboa*, lo encontramos en la Sentencia *Maastricht*, especialmente en lo relativo al principio democrático y a lo que podría considerarse un embrión del principio de identidad constitucional<sup>374</sup>, si bien la doctrina, más allá de las dificultades que siempre tiene la exégesis, encuentra diferencias notables entre ambas.

La principal de estas diferencias es que en su decisión sobre *Maastricht* el TCFA parece ponderar integración europea y principio democrático -reclamando, llegado el caso, una reforma constitucional o un nuevo proceso constituyente-, pero en ningún caso parece que pueda inferirse del pronunciamiento de *Maastricht* que el cumplimiento de tal principio democrático no es posible –al menos en algunas materias- en el ámbito supranacional, como sí parece hacer en la decisión sobre el Tratado de Lisboa,

[El TCFA] se ve obligado a apreciar la integración europea a la luz del principio democrático. Así, su afirmación central, de la cual se derivan después numerosas consecuencias, precisa que el poder público de una organización supranacional ha de estar legitimado democráticamente de manera que esta legitimidad sigue teniendo que ser primordialmente concedida o bien por los pueblos de los Estados miembros o bien por sus Parlamentos nacionales. Este resultado es en lo esencial correcto –dice Stein. Los Estados miembros siguen soportando frente a sus ciudadanos y también en el plano de la responsabilidad (estatal) internacional una responsabilidad total y última por aquello que la Unión realiza. (Stein, 1994: 762)

Según Stein, la sentencia *Maastricht* del TCFA se limitaría a constatar las importantes implicaciones del nuevo tratado para el proyecto europeo y para el orden constitucional alemán,

No se refiere a las perspectivas futuras de la integración ni, particularmente, a la cuestión relativa a qué avances sustanciales podría soportar la Constitución alemana en el camino hacia un Estado federal europeo sin ser reformada. Se limita a constatar que, de momento, desde un punto de vista político no se persigue una constitución de los Estados Unidos de Europa que resulte comparable a la de los Estados Unidos de América. (Stein, 1994: 747)

---

<sup>374</sup> Como se ha señalado, se aprecia en el TCFA un cierto activismo judicial que se traduce en su indisimulada predisposición a admitir recursos que le permitan pronunciarse sobre los hitos de la construcción europea. Efectivamente, en el caso del Tratado de Maastricht el pronunciamiento del TCFA se produce sobre sendos recursos de amparo, vía que según Aláez (1995: 246) se justificaría en la inexistencia de un procedimiento como el previsto en el artículo 95 de la Constitución Española que permite al Gobierno o a cualquiera de las Cámaras requerir al Tribunal Constitucional para que ejerza un control previo de compatibilidad entre la Constitución y un tratado internacional a celebrar. En todo caso, se trata de una impugnación posterior a la aprobación de la Ley de Ratificación del TUE de 28 de diciembre de 1992 y de la Ley de Reforma de la Ley Fundamental de 21 de diciembre de 1992.

Con esta constatación la sentencia vendría a certificar el “paso a paso” característico del proceso de integración europea sin anticipar límites y en consonancia con la proclamación *pro-unionem* del Preámbulo de la LFB.<sup>375</sup> Por otra parte, al partir de una concepción de la soberanía de corte clásico o en clave nacional, el TCFA plantea la necesidad de una discusión pública democrática que contribuya a mayores avances en la integración, y avisa de la importancia de que los pronunciamientos futuros del propio TCFA sean suficientemente ponderados para no constituir un freno a la integración (Stein, 1994: 768), algo que resulta cuando menos discutible que ocurra en el caso de *Lisboa*.

#### 4.1.2.2 Crítica a la concepción de la soberanía del TCFA.

Frente a esta concepción clásica de la soberanía que recoge el TCFA (especialmente intensa en el caso de *Lisboa*) aparecen alternativas que se reclaman más modernas o ajustadas a las transformaciones del Estado y a la evolución de la sociedad internacional. Así ocurre, entre otras corrientes, con quienes abogan por “la sustitución de las categorías puramente nacionales de teoría tradicional del Estado por otras vinculadas a la tradición común de los Estados para el análisis del fenómeno de integración europea (*ius commune europeum*)” (Álvarez, 2013: 262). La producción científica sobre la cuestión es ingente, pero resulta necesario recoger una muestra (Haberle, Habermas, Tomuschat) de los debates críticos con una concepción clásica de la soberanía que a través del principio de identidad constitucional se ha reflejado, especialmente, en la jurisprudencia del TCFA, afectando (limitando, pensamos) al proyecto de integración europeo.

Nos detendremos primero en los postulados de *Haberle*, para quien el TCFA ha retomado un concepto de soberanía arcaico y difícilmente compatible con la profundización de la integración europea,

---

<sup>375</sup> Añade la exigencia de que “la ampliación de competencias comunitarias sea únicamente posible mediante una modificación de los tratados”, diferenciando este concepto de ampliación del de “interpretación”, habida cuenta de la tradición de “interpretación dinámica” en el ámbito comunitario. Pero como señala Stein “se choca con la dificultad práctica de diferenciar entre una interpretación que respete el Tratado y otra que lo supere” (Stein, 1994: 764).

Por otra parte, para el TCFA el “El tan frecuentemente denostado déficit democrático de la Comunidad Europea —en tanto esté presente— no estriba tanto en el hecho de que el Parlamento Europeo disponga de demasiado pocas competencias, sino en la particularidad de que los Parlamentos nacionales no puedan o no quieran ocuparse —o tan sólo puedan hacerlo de manera muy limitada— de lo que hacen o dejan de hacer en Bruselas unos ministros que son responsables frente a esos Parlamentos” (Stein, 1994: 763).



El tribunal simplemente no ha tomado en consideración el debate doctrinal de décadas sobre la transformación del concepto de soberanía. El TCF habla de una asociación de “estados soberanos” (“salvaguardia de la soberanía”). Se olvida aquí el postulado europeísta y la apertura a la integración. El tribunal se refiere expresamente de manera reiterada a los Estados nacionales como “señores de los Tratados” y se atribuye a sí mismo además, ¡la condición de señor del Derecho Constitucional de la UE! (...) El tribunal habría podido aprovechar [las críticas a su sentencia Maastricht] para hacer valer la Europa unida interiormente desde “la razón constitucional” (Arndt), no desde la razón estatal de Alemania. (Haberle, 2009: 417)

El TCFA integraría el concepto de soberanía propio de Jellinek dentro del principio democrático recogido en el art. 79 de la LFB. En este sentido, el concepto de democracia presente en la sentencia *Lisboa* del TCFA, vinculado a la estatalidad y a la cláusula de intangibilidad, y que Haberle critica, hace pensar que ni siquiera una reforma constitucional sería suficiente para la incorporación de Alemania a un Estado federal europeo.

En la UE no se une a los Estados sino a los pueblos de Europa («unión cada vez más estrecha de los pueblos de Europa»: art. 1, párrafo 2 TUE). Con razón criticaba C.O. Lenz: «mientras que (el concepto de) soberanía no se menciona en la Ley Fundamental y podría ser sustituido en cuanto Derecho dispositivo, el TCF lo convierte, sin embargo en parte integrante del concepto de democracia y lo sitúa así bajo la protección de las cláusulas de intangibilidad de la Constitución, de tal manera que ni siquiera el poder de reforma de la Constitución podría declarar la incorporación a un Estado federal europeo». En los «objetivos del Preámbulo » no se percibe, en absoluto, la concepción de la soberanía del tribunal (Cfr., sin embargo, n.m. 223). Una reflexión sobre la «estatalidad abierta » de K. Vogel (1964) habría sido de ayuda. (Haberle, 2009: 418)

Y añade varias reflexiones de interés. En primer lugar censura la idea del TCFA según la cual existiría una suerte de concepto preconstitucional de Estado, “sólo hay tanto Estado como la Constitución determine”, dice Haberle, en una argumentación que pensamos que merece ser reproducida íntegramente:

El TCF trabaja con un concepto de Estado preconstitucional. Esto se evidencia en el pasaje relativo a la inadmisión «limitación de la estatalidad presupuesta y protegida por la Ley Fundamental» (núm. 375), «la Ley Fundamental no sólo presupone la estatalidad soberana de Alemania sino que también la garantiza» (núm. 216). El Tribunal no ha tomado nota, de manera perceptible, de la controversia tanto tiempo desarrollada en la doctrina sobre esta temática. Baste recordar las tesis de R. Smend y A. Arndt en los años 50 y 60: sólo hay tanto Estado como la Constitución determine. Su exactitud será confirmada por los desarrollos textuales creativos del Preámbulo de la Constitución de Brandenburgo (1992): «Las ciudadanas y los ciudadanos del *Land* nos damos esta Constitución». Pensar en Estado antes de la Constitución es hoy, por referencia al Estado nacional, tan falso como incorrecto si nos referimos a la UE, en cuanto se trata de una comunidad «análoga al Estado» o «prefederal» que se puede definir en términos de «federación constitucional» o «constitución compuesta» (I.Pernice), «orden fundamental» (D. Tsatsos) o «comunidad constitucional» (el autor de este trabajo). El

tribunal desecha todos esos intentos de descripción de la estructura europea como comunidad política «sui generis» que se han hecho conocidos en el resto de Europa. Quizás se ha dejado llevar demasiado por el debate sobre la «estatalidad» planteado por el recurrente (la UE como un «cuasi-Estado», «desestatalización de Alemania», «liquidación de las facultades inherentes al Estado»). (...) Por otra parte, el tribunal maneja reiteradamente fragmentos de una tradicional, más o menos «general» pero desde luego muy «alemana», teoría del Estado. (Haberle, 2009: 418-419)

En segundo lugar, Haberle afirma la progresiva relativización del territorio –en términos similares a Sassen<sup>376</sup>–, hasta el punto que, referido al caso europeo, no pueda hablarse de países “extranjeros” entre sí, ni sus relaciones considerarse como relaciones exteriores, sino como política interna, algo que deja a Jellinek en el panteón de los clásicos, frente a concepciones de la soberanía mucho más actualizadas, como podría ser el constitucionalismo multinivel al que nos hemos referido con Pernice en la primera parte,

Esto se evidencia en su recurso al gran clásico G. Jellinek en referencia al territorio estatal. El TCF no extrae, de ningún modo, consecuencias constitucionales del hecho de que desde la implantación de la zona euro y del espacio Schengen el territorio estatal ha quedado relativizado [v. por el contrario: «un poder estatal referido a un territorio (cfr. Jellinek) subsiste inalterado más allá de las transformaciones de las relaciones de movilidad transfronterizas» (num. 344)] así como «el territorio estatal alemán sigue estando asignado sólo a la República Federal de Alemania como sujeto jurídico» (num 298). En mi opinión, por el contrario, los Estados miembros de la UE ya no son países «extranjeros» entre ellos, son del interior, del mismo modo que con autores como A. Grosser debemos considerar a la política europea como «política interna» desde hace tiempo. El esquema interior/exterior está ya superado en la Europa de la UE. Los restos de la teoría tradicional del Estado no sirven ya para la comprensión de la UE. Que G. Jellinek sigue siendo grande como un «gigante» no se somete a discusión. Pero también los enanos pueden sobre sus hombros ver un poco más lejos. (Haberle, 419-420)

Como tercera reflexión a raíz de lo anterior, Haberle considera que con la sentencia *Lisboa* se suspende el proyecto constitucional europeo, entendido como racionalización supranacional del poder, algo que, según se intuye en sus palabras, podría bien constituir una decisión democrática de los pueblos europeos, pero resulta dudosamente legítimo al provenir de una escuela de pensamiento alemán interiorizada por siete jueces concretos, magistrados del TCFA, pero con una legitimidad democrática cuando menos dudosa para hacer cristalizar concepciones constitucionales tan marcadas o dicho de otra forma, decisiones políticas fundamentales sin un debate más abierto,

En definitiva, la sentencia contradice el proceso evolutivo de constitucionalización de Europa. Permanece en una «Teoría del Estado retrospectiva» atrapada entre las manos de siete magistrados alemanes que son sólo «una» «escuela» entre muchas y que deberían plantearse también de manera autocrítica acerca de su propia legitimación

---

<sup>376</sup> Véase Sassen, S., *Territorios, autoridad y derechos*”, Ed. Katz, Buenos Aires, 2010.

democrática directa (ninguna audiencia pública de los candidatos a Magistrados como las del Senado estadounidense, ninguna transparencia, cuotas de partido que se reparten en absoluto oscurantismo). El proyecto de la teoría constitucional europea y de la «Europa de los ciudadanos» se ha aplazado en Karlsruhe. (Haberle, 426-427)

Un segundo enfoque crítico de la concepción de soberanía recogida por el TCFA a través del desarrollo del principio de identidad constitucional y en relación con la integración europea es el de *Habermas*. En este punto sería oportuno retomar la vieja pregunta de Madison:

¿Puede una federación de Estados miembros, constituidos democráticamente, satisfacer las condiciones de legitimación democrática sin subordinar claramente el ámbito nacional al ámbito federal?

A esta pregunta de Madison (EE.UU. 1787) pretende responder Habermas tratando de identificar el constituyente europeo. A la cuestión sobre la legitimación sólo se encuentra respuesta satisfactoria si identificamos correctamente los poderes constituyentes o, dicho de forma más clásica, si identificamos quiénes son los “dueños y señores de los tratados”, los Estados o los pueblos. Si al principio señalábamos como primera gran innovación de la comunidad de Derecho europea, la primacía, el autor alemán señala una segunda gran innovación: “los Estados comparten soberanía con los ciudadanos”. Es decir, Habermas (2012: 59 y ss) responde a la pregunta de Madison, aplicada a la construcción europea, con la división del poder constituyente entre los ciudadanos de la Unión y los pueblos europeos. Frente a la vieja concepción de la soberanía de Jellinek, conforme a la cual los Estados son los señores de los Tratados, retomada por el TCFA en la sentencia *Lisboa*, Habermas (65: 2012) reclama un poder constituyente mixto: pueblos de Estados miembros y ciudadanos de la Unión, es más, en su opinión, “desde un punto de vista teórico resulta más convincente concebir sólo a los individuos, que son al mismo tiempo ciudadanos de un Estado y de la Unión, como los únicos sujetos de legitimación.”

Esta reclamación de un constituyente mixto frente a la idea de los Estados como señores de los tratados, pretende precisamente romper el carácter exclusivo del vínculo entre soberanía y estatalidad (Estado nación) y, principalmente, desvirtuar el argumento conforme al cual la soberanía, en su concepción clásica, quedaría protegida por el principio democrático recogido en la LFB y, por ende, por la cláusula de intangibilidad. Frente a ello, la respuesta de Habermas a la cuestión planteada por Madison, pasa por comprender el “carácter artificial” de las identidades nacionales tal y como fueron

construidas en el siglo XIX (Habermas, 2010: 51) y por afirmar que la juridificación internacional puede y debe ser democrática:

La limitación de la soberanía nacional a favor de una transferencia de los derechos de soberanía a instancias supranacionales no tiene que pagarse al precio de una incapacitación de los ciudadanos (...) que deje intactos los procedimientos democráticos. (Habermas, 2010: 52)

Finalmente, en ese mismo sentido, una tercera visión crítica, la encontramos en *Tomuschat* cuando al pronunciarse sobre la sentencia *Lisboa* opina que ésta parece negar (o al menos limitar fuertemente) las posibilidades de vida democrática más allá del Estado nación poniendo así en duda no sólo la especial naturaleza política del proceso de integración europea, sino incluso las propias previsiones de la LFB:

In denying that true democracy could exist outside the state, the Court missed an opportunity to reconcile the democratic principle with integration and globalization processes in which Germany is involved not only de facto but also guided by explicit directions imparted in the text of the Basic Law. (Tomuschat, 2010: 252)

...

En definitiva, aunque la jurisprudencia posterior y la virtualidad práctica de una decisión como la de *Lisboa* podrían hacer pensar que se trata de un elemento de importancia relativa, creemos que tiene serias implicaciones para el conjunto del proyecto europeo (y para la propia filosofía de la RFA creada tras la Segunda Guerra Mundial, en cuyo artículo 23 LFB se reconoce la trascendencia de dicho proyecto) en la medida en que la concepción de la soberanía del TCFA construida a partir de la identidad constitucional no sólo no responde, sino que imposibilita la de la pregunta de Madison que es, debidamente actualizada, una pregunta sobre la eventualidad de un constitucionalismo democrático pluralista que trascienda las fronteras del Estado.

Hecho el planteamiento general del problema, pasaremos a analizarlo en el concreto ámbito económico y financiero.

#### **4.2 Especial referencia a la situación en el marco UEM: identidad constitucional y diálogo jurisdiccional.**

Vamos a ver en dos tiempos cómo se concreta el concepto de identidad constitucional en materia financiera. Nos referiremos a varias sentencias relacionadas con la UEM. Además de los aspectos específicos financieros de la sentencia *Lisboa* y del tratamiento

sucinto de la sentencia de 1998 sobre el *euro* -como epígono de la sentencia Maastricht en materia financiera-, nos ocuparemos de los tres grandes hitos de la gestión europea de la crisis: el paquete de asistencia financiera en torno a la crisis griega; la creación del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE); y el programa de compra de valores OMT aprobado en 2012 por el BCE.

El interés de estos pronunciamientos tiene que ver no solo con el desarrollo concreto de la identidad constitucional y el concepto de soberanía que lleva aparejada, sino con la solución de determinados problemas de gobierno de la UEM mediante lo que se suele denominar como “diálogo jurisdiccional”, en tanto que la norma de atribución de competencias no es completa (como tampoco lo es la propia UEM). La vinculación entre ambas cuestiones, conduce a la perpetuación de ese carácter incompleto y del propio diálogo judicial como solución, en tanto que precisamente el desarrollo de la identidad constitucional sobre un concepto de soberanía que limita sensiblemente la atribución al nivel supranacional europeo parece hacer irremediable acudir a dicho diálogo, que más que una técnica de racionalización jurídica democrática se erige así en técnica de plasmación de la *realpolitik*.

#### **4.2.1 Concreción del principio de identidad constitucional en materia financiera.**

a) La sentencia de 31 de marzo de 1998<sup>377</sup> sobre el *euro* como epígono de la sentencia Maastricht.

A pesar de que, como hemos visto la sentencia *Maastricht* incluye importantes matices comparada con la decisión sobre el Tratado de Lisboa, aquel pronunciamiento supuso para la mayor parte de la doctrina una ruptura del “pacífico coexistir” (Azpitarte, 1999: 324) o del simple “alto el fuego” (Stein, 1994: 767) entre el TCFA y el TJ, tanto por la afirmación de jurisdicción sobre el control de actos comunitarios “*ultra vires*”, como por la asunción por parte del TCFA de un papel de supervisor del estándar de protección de derechos fundamentales que debería asegurarse por el TJUE (“relación de cooperación” lo llama Azpitarte, 1999: 324). Abrió, además, la puerta al control de una

---

<sup>377</sup> Su objeto fue la vulneración de los arts. 14 (derecho de propiedad) y 38 (sufragio y principio democrático) de la LFB como consecuencia de las decisiones del Gobierno y el Parlamento alemán (no un acto de Derecho Comunitario).

integración UEM, cuyo carácter automático quedaba expresamente rechazado, en la medida en que el control de dicho proceso se entendía directamente vinculado con el principio democrático. Este es precisamente el objeto de la Sentencia de 31 de marzo de 1998, que, para Azpitarte (1999: 326), es un “epígono” de la de Maastricht. La recogemos por su especial relevancia sustantiva en relación con la UEM y por la influencia que a través de la sentencia cabe atribuir a la UEM y al hecho financiero como factor de *realpolitik* en el desarrollo y fundamentos democráticos del proceso integrador,

Por un lado, la propia sentencia *Maastricht* brindó la posibilidad de recurrir las decisiones sobre el paso a la tercera fase de la Unión Monetaria (UM). Al negar el automatismo en la entrada final de la UM, reconoció la posibilidad de controlarla. Por otro lado, la extraordinaria relevancia constitucional del caso (...) En cuanto que la UM supone la marginación del principio democrático, ya sea encarnado en los Parlamentos nacionales o, más discutiblemente, en el Parlamento Europeo, toda discusión sobre la UM incide en el debate sobre la legitimidad del proceso integrador e incluso sobre la concepción del Derecho Constitucional. (Azpitarte, 1999: 325)

La sentencia se pronuncia, en primer lugar, sobre el *derecho de propiedad*. Los recurrentes afirmaban que se vulneraría este derecho como consecuencia de la inestabilidad de precios que la UEM generaría, señalando los efectos sobre el dinero (en tanto que propiedad o si se prefiere unidad básica de acumulación) de la alta inflación que esperaban se produjese en la eurozona. El TCFA respondió señalando que “el derecho de propiedad solo puede garantizar los fundamentos institucionales de la propiedad monetaria”, es decir que “el art. 14 [LFB] garantiza la existencia del dinero pero no la estabilidad de su valor”.

Así el TCFA, en palabras de Azpitarte (1999: 331),

Considera que el Gobierno Federal, el Bundestag y el Bundesrat, a la hora de establecer sus posturas sobre la configuración final de la UM han de realizar una serie de apreciaciones, valoraciones y pronósticos entre el conocimiento económico y la decisión política. Y afirma como cierto que tal ejercicio de competencias se ha de guiar por la misión de diseñar una UM estable, donde se asegure el valor del dinero. Pero esto, de ningún modo significa que el derecho a la propiedad del artículo 14 de la Ley Fundamental faculte a los demandantes para exigir a los órganos estatales un rechazo de la UM, pues las decisiones de los órganos estatales [que son corresponsables] en el marco de la UM no pueden ser enjuiciados a partir de un derecho individual.

En segundo lugar, sobre la *legitimidad democrática*, el pronunciamiento del TCFA responde a la reclamación, por parte de los recurrentes, de un “profundo debate político” y a la “apelación a un espacio público europeo” (Azpitarte, 1999: 327), frente

a una mera Europa económica.<sup>378</sup> Esta cuestión debe ponerse en relación con dos elementos contenidos en la sentencia *Maastricht* que hemos visto anteriormente: la exigencia de competencias de peso sustancial en el Bundestag y la interdicción del automatismo en la expansión competencial europea.

Sobre este asunto en particular, señala el TCFA que en tanto que el paso a la tercera fase de la UEM se presentaba como un objetivo y no como un plazo, no podía darse de forma automática. En consecuencia la facultad de permitir el paso a esa tercera fase residía en el Bundestag o dieta federal,<sup>379</sup>

En este contexto resulta relevante la interpretación que ofrece sobre el artículo 109J-4.0 TCE. El precepto es visto como una previsión de objetivo y no como una fecha jurídicamente vinculante, de lo que se deduce que el paso a la tercera fase de la Unión Europea no puede operar de forma automática. (...) En este aspecto el Tribunal Constitucional Federal trata de subrayar con especial énfasis que, sin el respaldo alemán (particularmente sin la aprobación de la Dieta Federal), ni se pueden debilitar los criterios de convergencia ni puede ser obligada Alemania a acceder a la tercera fase de la Unión Monetaria. (Stein, 1994: 761)

Como concluye Álvarez, la sentencia de 1998 sobre el *euro* aplica la doctrina de las “competencias políticas de peso sustancial” registrada en *Maastricht* -sin delimitar materialmente cuáles serían-<sup>380</sup> sin que a juicio del TCFA se derive del proceso de unión monetaria la afectación de ese ámbito sustantivo vinculado con la soberanía y el principio democrático (y, por ende, de la identidad constitucional),

En la sentencia sobre el *euro* (1998), el TCF determinó que el desarrollo de la UM en el marco de ulteriores fases de integración que había sido ya contemplada en el Tratado de *Maastricht* no restaba capacidades adicionales de decisión al Bundestag. Constituía una decisión política previsible en el marco de los tratados constitutivos válidamente celebrados. (Álvarez, 2013: 272-273)

---

<sup>378</sup> El resultado de la afirmación del TCFA del espacio público como condición prejurídica es para Azpitarte (1999: 335) –como veremos en la segunda parte- muestra de que el pluralismo político inherente a la concepción neutra de la constitución económica ha dado paso a la sustantividad basada en la “sabiduría económica” y, en particular, monetaria (el espacio de lo ya decidido).

<sup>379</sup> Stein aclara el razonamiento del TCFA: “El Tribunal Constitucional parte de la base de que los criterios de convergencia establecidos en el artículo 109J- Io TCE —atribuyéndose la mayor importancia al criterio de la estabilidad monetaria— están fijados como tales en el Tratado y tan sólo podrían ser modificados a través del procedimiento de revisión previsto en el artículo N TUE (1994: 761). Se trata de requisitos materiales para el acceso a la tercera fase de la Unión Monetaria. Una desviación de lo allí previsto no sería, por ello, posible sin la aprobación de la Dieta Federal” (1994: 761).

<sup>380</sup> Doctrina que como hemos visto, se verá fortalecida en Lisboa entre otros elementos con la delimitación de ciertos ámbitos que se erigen en líneas rojas.

b) La materia financiera en la sentencia *Lisboa*<sup>381</sup>

Como señalábamos anteriormente el concepto clásico de soberanía recogido en la sentencia *Lisboa* puede entenderse desde una perspectiva formal –como competencia sobre la competencia- y desde una perspectiva material, vinculado al contenido sustantivo del principio democrático. En este último sentido señalábamos que la sentencia *Lisboa* establece determinadas líneas rojas o materias sensibles (*tabbo-areas* las llama Pernice [2011: 7 y ss.]) sobre las que la actuación europea debía entenderse restrictivamente a fin de respetar el núcleo irreducible de la soberanía nacional. En otras palabras, exigía su adecuación a la identidad constitucional mediante “facultades decisorias que han de permanecer indispensablemente en sus órganos constitucionales” y más en concreto en el Bundestag (Álvarez, 2013: 271). Tales materias<sup>382</sup> sensibles constituirían (sin ánimo exhaustivo) el núcleo de la soberanía acuñada en el principio democrático y se erigirían en límites a la cesión de competencias como dimensión formal de la estatalidad alemana. Esas materias serían (acudimos a la enumeración sistemática de Pernice [2011]): derecho civil y penal; seguridad interior y exterior y uso de la fuerza; autonomía presupuestaria y fiscalidad; política social y seguridad social; (de forma hipotética, política comercial común<sup>383</sup>); cultura y sistema educativo. Así lo delimita el TCFA en su sentencia, cuya reproducción detallada consideramos imprescindible en este punto:

La Unión Europea, construida sobre la base de un Tratado de Unión de Estados soberanos, no puede llevarse a cabo de modo que los Estados miembros no conserven un espacio suficiente para la determinación política de las condiciones de vida

---

<sup>381</sup> Sentencia de 30 de junio de 2009, *Lisboa* (2 BvE 2/08, asuntos 2 BvE 2/08, 5/08, 1010/08, 1022/08, 1259/08 y 182/09) publicada en BVerfGE 123, 267 – 437.  
[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/06/es20090630\\_2bve000208.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/06/es20090630_2bve000208.html)

Se ha trabajado con la traducción de Vidal Prado, C., y Elías Méndez, C., en edición del CEPC a cargo de López Castillo, A., Menéndez, A. J., Madrid, 2011.

<sup>382</sup> Antes de entrar en los fundamentos, la sentencia establece que la “La Ley por la que se amplían y fortalecen los derechos del Bundestag y el Bundesrat en materias de la Unión Europea (*Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union*) (Boletín Oficial del Parlamento Federal 16/8489) viola el art. 38.1, en relación con el art. 23.1 de la LFB, en la medida en que no se garantizan de modo suficiente los derechos de participación del Bundestag y el Bundesrat alemanes (en los procesos legislativos europeos y de modificación de los Tratados), tal y como se expone en los motivos señalados más abajo en el apartado C.II.3”.

Dispone además que “antes de que entre en vigor la Ley que acoja las previsiones constitucionales sobre la configuración de los derechos de participación no puede ser depositado el instrumento de ratificación, por parte de la República Federal alemana, del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Boletín Oficial Federal, 2008, II, pág. 1039).”

<sup>383</sup> No mencionada expresamente por la sentencia; sí la señala Pernice (2011: 13).



económicas, culturales y sociales. Esto se aplica en particular a ámbitos concretos que influyen sobre las circunstancias vitales de los ciudadanos, sobre todo el espacio privado de su propia responsabilidad, protegido por los derechos fundamentales, y la seguridad personal y social, así como en lo que se refiere a las decisiones políticas que dependen particularmente de una precomprensión histórica, cultural y lingüística, y que se despliegan discursivamente en el espacio político público organizado en los partidos políticos y el Parlamento (Directriz 3ª).

Ámbitos fundamentales de conformación democrática son, entre otros, la ciudadanía estatal, el monopolio de la fuerza civil y militar, *los ingresos y los gastos incluyendo el endeudamiento*<sup>384</sup>, así como los supuestos de vulneración que son relevantes para la realización de los derechos fundamentales, en especial en caso de injerencias de gran intensidad, tales como la privación de libertad en el ámbito del Derecho penal o las medidas de internamiento. Entre dichos ámbitos materiales se cuentan también las cuestiones culturales, como las decisiones sobre la lengua, la conformación de las relaciones familiares y educativas, la ordenación de la libertad de opinión, prensa y reunión, o el tratamiento de las creencias religiosas o de las posiciones ideológicas. (FJ 249).

De entre estas materias sensibles, trataremos la autonomía financiera, es decir “los ingresos y los gastos incluyendo el endeudamiento”, según la literalidad de la sentencia, vinculados para el TCFA al cumplimiento de determinadas obligaciones presupuestarias, muy en particular, aquellas de carácter social.

La sentencia establece que el presupuesto es el elemento fundamental de la decisión política, en particular de la decisión democrática sobre la relación entre ingresos y gastos. En ese sentido, no puede desapoderarse completamente al Bundestag en favor de la integración supranacional. Del otro lado, ello no impide la existencia de obligaciones tributarias o, más en general, de la incidencia presupuestaria de obligaciones europeas o internacionales, siempre que se preserve la capacidad y responsabilidad presupuestaria general (“planificación”),

Se produciría una transferencia del derecho del Bundestag sobre el Presupuesto contraria al contenido sustancial del principio democrático y al derecho de elección del Bundestag alemán, si se comunitariza en lo fundamental la determinación de la clase e importe de los impuestos que afectan a los ciudadanos. El Bundestag alemán debe decidir, de forma responsable con respecto al pueblo, sobre la suma de las cargas de los ciudadanos. Lo mismo es aplicable a los gastos fundamentales del Estado. En dicho ámbito, la responsabilidad de la política social corresponde precisamente al proceso de toma de decisiones democrático, sobre el que los ciudadanos quieren influir con el sufragio libre e igual. La soberanía sobre el Presupuesto es el ámbito en el que tienen lugar las decisiones políticas conceptuales sobre la relación entre las cargas económicas y los beneficios garantizados por el Estado. (FJ 256)

---

<sup>384</sup> La cursiva es nuestra.

Como señala Pernice (2011: 11), el TCFA no estima que el Tratado de Lisboa afecte a esta concepción de la autonomía presupuestaria clave para el respeto al principio democrático y, en consecuencia, límite infranqueable para la integración en virtud de la vertiente sustantiva de la soberanía nacional.

...

Hasta aquí la concreción en el ámbito UEM de la idea de soberanía del TCFA a través del principio de identidad constitucional no deja de ser, a nuestro juicio, más que un postulado que en términos prácticos exige el no automatismo y en términos teóricos vislumbra no solo la limitación de la competencia atribuida, sino la limitación de la competencia que se puede atribuir. Extiende, digamos, la intangibilidad del principio democrático tal y como figura en la LFB a un concepto de soberanía que hace necesario que determinadas materias permanezcan en todo caso en el ámbito estatal alemán, so pena, de no ser así, de quebrar el principio democrático.

Desde aquí tendremos en cuenta los efectos de este pronunciamiento, su influencia en la jurisprudencia posterior, a la hora de discutir de manera concreta los nuevos mecanismos de disciplina presupuestaria y asistencia financiera en el contexto de la crisis de la zona euro y en particular en el de la crisis de deuda griega<sup>385</sup>. A ello, a través de las sentencias principales, nos referiremos a continuación.

#### **4.2.2 Hitos jurisdiccionales de la gestión de la crisis.**

Nos referiremos a tres hitos *de la gestión europea de la crisis: el rescate griego; la creación del MEDE y el programas OMT de compra de bonos públicos del BCE.*

##### **4.2.2.1 Primer hito: el paquete de asistencia financiera a Grecia (rescate griego)<sup>386</sup>**

---

<sup>385</sup> Es controvertida la calificación de la crisis como crisis de la zona euro. Algunos autores como González Páramo (2012) se refieren a ella como crisis de deuda soberana de determinados estados – Grecia, pero luego Portugal, España, Italia, etc. Sostenemos la primera calificación como crisis de la zona euro, en tanto que aunque se manifiesta por distintos motivos y con distintas intensidades en varios Estados, su carácter es sistémico –dicho más directamente, pone en riesgo la propia existencia del Euro- y su desarrollo no puede separarse de su configuración o diseño, y, en particular, de las insuficiencias que planteamos en este trabajo.

<sup>386</sup> Sentencia de 7 de septiembre de 2011, *Grecia*, (Asuntos 2 BVR 987/10, 1485/10, 1099/10), publicada en BVerfGE 129, 124.

En el primer caso, en relación con el rescate griego<sup>387</sup>, nos encontramos ante un recurso planteado contra el conjunto de medidas<sup>388</sup> (alemanas y europeas) adoptadas para tratar la crisis de deuda soberana de la zona euro, cuyo detonante puede situarse en la crisis de deuda soberana griega. Nos referiremos al conjunto denominado como *paquete de asistencia financiera a Grecia* (o simplemente como asistencia financiera a Grecia).<sup>389</sup>

Hemos visto que la sentencia *Honeywell* fue la primera plasmación o modulación de la sentencia *Lisboa* en un asunto concreto. La sentencia que ahora nos ocupa ahora supone una temprana aplicación al ámbito UEM de su doctrina de la identidad constitucional, en tanto que condensa el principio democrático (artículo 38 de la LFB) en la autonomía presupuestaria o soberanía fiscal, mediante la exigencia de control por parte del Bundestag de (determinadas) actuaciones conjuntas que pudieran tener una incidencia financiera ilimitada (“incalculables cargas”).

La sentencia sigue la línea marcada por la sentencia *Maastricht* y la sentencia sobre el *euro*, en tanto que niega todo automatismo en la asunción de cargas financieras ocasionadas por decisiones que no han sido tomadas por los órganos correspondientes de la República Federal y en concreto por el Bundestag. Pero iría más lejos si cabe, en línea con *Lisboa*, en tanto que de la doctrina del no automatismo presente en aquella, se pasa en esta sentencia a la de no corresponsabilidad como límite constitucional, así como a la necesidad tanto de determinación de las características de toda medida (ayuda financiera, por ejemplo) con posibles repercusiones financieras, como de su control (por el Bundestag y, eventualmente, por el TCFA) caso por caso. Podemos resumir la fórmula como *unión de estabilidad sin comunidad de responsabilidad*.

En todo caso —se subraya— las medidas a adoptar en el marco de los compromisos, comunitarios o intergubernamentales, autorizados mediante ley alemana, no podrían interpretarse a otra luz que a la de la concepción convencionalmente anclada de la Unión Monetaria como una *unión de estabilidad*, en el sentido en el que ya se pronunciara el TCFA mediante su sentencia *Maastricht* de 12.10.1993.

---

<sup>387</sup> Véanse los detalles sobre el llamado rescate de Grecia en el apartado correspondiente a la asistencia financiera (PARTE SEGUNDA).

<sup>388</sup> El TCFA sólo acepta pronunciarse sobre las leyes alemanas que articulan el paquete de asistencia financiera (leyes de 7 y 21 de mayo de 2010).

<sup>389</sup> Señala López Castillo que se trata de “un episodio más de lo que bien puede identificarse ya como larga marcha de jurisdiccionalización de las decisiones más significativas de la política europea de la Alemania unificada y, por tanto, como uno de los rasgos más característicos del proceso de integración en la Europa de entre siglos”(2011: 489)

Según es notorio, con aquella significativa reforma de los Tratados no se habrían autorizado sino desarrollos posibles, en el proceso conducente a la moneda común, y del modo previsible que contribuyera a clarificar aquella resolución. En el presente caso se reitera que, como no podría ser de otro modo, el principio operativo sigue siendo el mismo y que, en consecuencia, la autorización por parte del legislador alemán no podría sostener deriva alguna que arrastrase a Alemania al imprevisible e ingobernable automatismo de una «*comunidad de responsabilidad*<sup>390</sup>». (López Castillo, 2011: 497).

Si efectuamos con López Castillo (2011: 500-501) un breve análisis de los *aspectos generales*, la sentencia sigue la línea marcada por la Sentencia *Lisboa*. Según López Castillo, el mensaje general del TCFA en la sentencia puede comprimirse en tres ideas generales: (1) “El proceso de integración europea tiene un límite insuperable, en tanto que presupuesto, en la cláusula constitucional de democracia nacional alemana”; (2) “A los órganos políticos, la Dieta Federal a la cabeza, en su condición de representante del pueblo soberano, compete la responsabilidad de velar por ello reservándose la palabra interlocutoria final”, es decir, se requiere su consentimiento; y, (3) “Al TCFA, como garante último de la identidad constitucional, le corresponde en todo caso su aseguramiento abriendo al ciudadano posibilidades inéditas de recurso, más allá de las vías de tutela de derechos fundamentales o de salvaguarda del ‘programa de integración’”. (López Castillo, 2011: 500-501)

Sobre la *específica materia financiera* podría concluirse que la concreción de la sentencia *Lisboa* se produce a partir de tres puntos principales.

En primer lugar, la consideración de los ingresos y gastos públicos como competencia sustantiva fundamental, integrante de la identidad constitucional (concepción material de la soberanía), de manera que “el Bundestag debe mantener control sobre decisiones presupuestarias fundamentales incluso en un sistema intergubernamental.”<sup>391</sup> De lo contrario no quedaría garantizada la democracia nacional o, lo que es lo mismo, las políticas legislativas nacionales,

But it follows from the democratic basis of budget autonomy that the Bundestag may not consent to an intergovernmentally or supranationally agreed automatic guarantee or performance which is not subject to strict requirements and whose effects are not limited, which – once it has been set in motion – is removed from the Bundestag 's control and influence. If the Bundestag were to give indiscriminate authorisation in a substantial degree to guarantees, fiscal disposals of other Member States might lead to

---

<sup>390</sup> Las cursivas son nuestras.

<sup>391</sup> Dice que el Bundestag debe ser el “señor de la decisión”, en una fórmula que condensa la fusión de soberanía y decisión democrática a través del parlamento y que es el reflejo parlamentario de aquella consideración de los Estados como “señores de los tratados”.

irreversible, possible massive, restrictions on national political legislative discretions.  
(FJ 127)

En segundo lugar, como consecuencia de esa concepción, “no pueden traspasarse las funciones presupuestarias del Bundestag mediante autorizaciones imprecisas que pudieran originar incalculables cargas”, así que “cada medida de solidaridad financiera relevante ha de ser “aprobada específicamente por el Bundestag”. Obsérvese que la sentencia no obliga a la autorización parlamentaria, sino que prohíbe esta pueda suponer la asunción de garantías indefinidas. En consecuencia, “el Bundestag debe tener suficiente influencia en la manera en que los fondos disponibles se administran” (FJ 128),

For this reason, no permanent mechanisms may be created under international treaties which are tantamount to accepting liability for decisions by free will of other states, above all if they entail consequences which are hard to calculate. The Bundestag must specifically approve every large-scale measure of aid of the Federal Government taken in a spirit of solidarity and involving public expenditure on the international or European Union level. Insofar as supranational agreements are entered into which by reason of their magnitude may be of structural significance for Parliament's right to decide on the budget, for example by giving guarantees the honouring of which may endanger budget autonomy, or by participation in equivalent financial safeguarding systems, not only every individual disposal requires the consent of the Bundestag ; in addition it must be ensured that sufficient parliamentary influence will continue in existence on the manner in which the funds made available are dealt with. The responsibility for integration borne by the German Bundestag with regard to the transfer of competences to the European Union (see BVerfGE 123, 267 <356 ff.>) has its counterpart here for budget measures of equal weight. (FJ 128)

Una tercera conclusión de la sentencia es algo más aguda, en tanto que considera que los razonamientos anteriores se encuentran en el vigente diseño de la política monetaria de forma que la aceptación de obligaciones financieras por decisiones de otros Estados de la “*Staatenverbund*” implicaría una comunitarización ya sea “directa o indirecta de la deuda que debe evitarse”,

Further central provisions on the design of the monetary union also safeguard constitutional requirements of democracy in European Union law. In this connection, particular mention should be made of the prohibition of direct purchase of debt instruments of public institutions by the European Central Bank, the prohibition of accepting liability (bailout clause) and the stability criteria for sound budget management (Articles 123 to 126, Article 136 TFEU). Although in this connection the interpretation of these provisions in detail is not essential, it is nevertheless possible to derive from them the fact that the independence of the national budgets is constituent for the present design of the monetary union, and that the acceptance of liability for decisions of other Member States with financial effect which overstretches the bases of legitimation of the association of sovereign states (*Staatenverbund*) – by direct or indirect communitarisation of state debts – is to be avoided. (FJ 129)

La cuestión es si tal afirmación, más allá de ser la plasmada en el Derecho vigente, constituye un límite a la disponibilidad de la propia soberanía, es decir, un ámbito que no puede cederse a la UE, so pena de producir una ruptura de la identidad constitucional alemana en los términos en que la recoge el TCFA. Esta visión apuntalaría la idea de *comunidad de estabilidad sin comunidad de responsabilidad* que, como luego veremos, puede resultar funcionalmente problemática y, en consecuencia, volverse contra el propio principio democrático que se pretende proteger, al circunscribirlo al ámbito nacional (y sin perjuicio de la participación en la *Staatenverbund* en los términos referidos en la sentencia).

#### 4.2.2.2 Segundo hito: la creación del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE).<sup>392</sup>

Tras el llamado rescate griego un segundo hito de la crisis lo encontramos en la creación del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)<sup>393</sup> mediante un tratado internacional y previa reforma del TFUE, y ante la necesidad de articular cauces estables para la asistencia financiera dentro de la zona euro. También en este caso las decisiones jurisdiccionales resultan relevantes. Este asunto dará lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial múltiple por el Tribunal Supremo irlandés, así como al pronunciamiento del TCFA.

En primer lugar, se pregunta al TJ sobre las cuestiones relativas a la validez de la Decisión 2011/199, de 25 de marzo, por la que se lleva a cabo la revisión del TFUE, y a la compatibilidad de la creación, por vía convencional, del mecanismo de estabilidad mediante un tratado internacional con las competencias de la UE en política monetaria y coordinación de políticas europeas.

---

<sup>392</sup> Sentencia (Pleno) de 27 de noviembre de 2012, Thomas Pringle contra Gouvernement of Ireland y otros (C-370/12).

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-370/12&td=ALL>

Sentencia de 18 de marzo de 2014, *MEDE* (en relación con Pringle), (asuntos 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvR 1824/12, 2 BvE 6/12).

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/03/rs20140318\\_2bvr139012.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/03/rs20140318_2bvr139012.html)

<sup>393</sup> Véanse los detalles sobre el MEDE en el apartado correspondiente a la asistencia financiera (PARTE SEGUNDA).

Recordemos que mediante la Decisión 2011/199<sup>394</sup> de 25 de marzo, dictada al amparo del procedimiento de revisión simplificado previsto en el artículo 48.6, se modificó el TFUE para facilitar la creación de un mecanismo de estabilización financiera de carácter permanente que salvaguardara la estabilidad de la zona euro. La reforma supuso la adición de un tercer apartado al art. 136 TFUE, conforme al cual:

3. 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.

Los recurrentes ante el tribunal irlandés que elevó la cuestión prejudicial alegaron que la revisión había supuesto un aumento de competencias a favor de la UE, rebasando, por tanto, los límites dentro de los cuales puede operar el procedimiento de revisión simplificado. También se suscitó, en relación con la misma Decisión 2011/199, la posible vulneración por su parte de los tratados o de los principios generales del Derecho UE.

Por otra parte, en cuanto al Tratado MEDE, los recurrentes plantearon si, habida cuenta de la competencia exclusiva en política monetaria de la UE y de su competencia de coordinación de políticas económicas, podía un Estado miembro del Euro celebrar un tratado internacional como el que crea el MEDE.

En respuesta a esto último, señala el TJUE que, dado que, la creación del mecanismo de estabilidad es una cuestión de política económica, no afecta a la competencia exclusiva de la UE en política monetaria<sup>395</sup>. Tampoco afecta, según el TJ, a la coordinación de las políticas económicas, en tanto no se recoge ninguna competencia específica sobre este tipo de mecanismos. En consecuencia, el proceso de revisión habría sido el adecuado.

En segundo lugar, sobre la compatibilidad de la creación del MEDE con la prohibición del artículo 125 TFUE de asumir deudas de otro Estado, es decir la interdicción de la corresponsabilidad financiera (cláusula *no bail-out*), la sentencia establece que el sentido de tal cláusula es el de disciplinar o hacer que cada Estado sea responsable de

---

<sup>394</sup> La Decisión hace necesario un proceso interno de cada Estado conforme a sus reglas constitucionales (leyes alemanas que hemos señalado).

<sup>395</sup> aunque añadimos que obviamente relacionada con la propia existencia de la unión monetaria en tanto que como se infiere de su propia redacción, se trata de una medida contemplada para otorgar estabilidad a la zona monetaria única

sus compromisos financieros. El sentido de las acciones de la “gobernanza europea”, sería, en último extremo, el mismo, contribuir a la disciplina presupuestaria, pero con un alcance mayor: lograr la estabilidad financiera de la zona euro. Según el TJUE la compatibilidad de ambos elementos conforme a lo previsto en el TFUE implica su necesario alineamiento, es decir, el rechazo a que las intervenciones en beneficio de la estabilidad puedan propiciar una relajación de la disciplina presupuestaria. Esta será una base para el *entendimiento* entre el TJUE y el TCFA,

La prohibición del artículo 125 TFUE, a juicio del TJUE, hay que encuadrarla en la idea de responsabilizar a los Estados a mantenerse en la lógica del mercado cuando contraigan deudas, de modo que se sitúen dentro de una sana disciplina presupuestaria, que es, por otra parte, el objetivo de la Unión proyectado en las últimas acciones emprendidas desde la gobernanza europea. El respeto a esa disciplina de conjunto eleva a la Unión a un objetivo mayor, que es “el mantenimiento de la estabilidad financiera de la unión monetaria”, según el considerando 135. Por tanto, la cláusula del artículo 125 TFUE, que prohíbe a la Unión y a los Estados miembros otorgar asistencia financiera, pretende tener como efecto alejar la intención del Estado que recibe la ayuda de relajarse, de desatender sus compromisos presupuestarios respecto de la zona euro y de no seguir una política presupuestaria sana y dentro de los márgenes que recoge el propio TFUE.

Por ello, la ayuda financiera, en virtud de un mecanismo de estabilidad como el MEDE, solo es compatible con el artículo 125 TFUE si es indispensable para la salvaguardia de la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto, se supedita a condiciones estrictas (considerando 136) y no impide en absoluto que el Estado siga siendo responsable de sus propios compromisos. (Serrano Pérez, 2013: 108)

En este punto es necesario poner en contacto la sentencia *Pringle* del TJUE con otras decisiones judiciales, en este caso del TCFA (por ejemplo, BVerfG 2 BvR 1390/12), que siguen la misma línea de aceptar la compatibilidad con las disposiciones financieras del TFUE e con la doctrina interna del no automatismo en materia de soberanía fiscal, es decir, con la necesidad de que cualquier actuación que pueda acarrear consecuencias financieras imprecisas reciba la aprobación y sea controlable por la dieta Federal. Según señala Álvarez:

En este conjunto de recientes decisiones, el TCF, además de dejar claro que las decisiones sobre la estabilidad económica le competen al *Bundestag* en pleno —no pudiendo adoptarse por una parte del mismo—, volvió a señalar lo afirmado en la sentencia *Maastricht*: que el principio democrático del artículo 38,1 GG no garantiza la intangibilidad del derecho vigente, siendo plenamente compatible con un desarrollo de la política monetaria orientada al cumplimiento de la estabilidad. El TCF señaló que lo que proscribía el principio democrático es una responsabilidad financiera imprevisible e incuantificable del Estado alemán en el fondo de estabilidad (MEDE). La necesidad de influencia democrática del Parlamento impone que la responsabilidad financiera del Estado alemán ha de encontrarse expresamente prevista y que ulteriores modificaciones



de la misma —que en la actualidad se cifra en 190.024.800.000 €— tengan que requerir una nueva aceptación expresa del *Bundestag*. (Álvarez, 2013:273)

Así lo indica el TCFA:

La disposición contenida del artículo 8.5.1 del Tratado sobre la Creación del Mecanismo Europeo de Estabilidad que fija la obligación financiera de la República Federal de Alemania en base a dicho tratado a la suma prevista en su anexo II, impide que toda norma del tratado pueda ser interpretada en el sentido de que puedan crearse superiores obligaciones de pago para la República Federal de Alemania sin autorización del representante alemán. (Álvarez, 2013:273).

Vemos pues como se produce un cierto alineamiento sobrevenido entre las decisiones del TJ y las del TCFA (y desde luego otros tribunales) en la materia que cristalizaron en la creación efectiva de un mecanismo permanente de asistencia financiera.

#### 4.2.2.3 Tercer hito: el programa de compra de bonos soberanos por el BCE (OMT).<sup>396</sup>

Para acabar este repaso sobre el manejo jurisprudencial del principio de identidad constitucional aplicado a aspectos financieros y dada su relevancia en términos dogmáticos y prácticos y su particularidad procesal, nos referiremos con especial detalle a las sentencias del TJUE y del TCFA sobre el *Programa de compra de bonos soberanos* (OMT, en sus siglas en inglés) aprobado por el BCE mediante Decisión de 6 de septiembre de 2012.<sup>397</sup>

En los dos casos que acabamos de ver se produce un cierto alineamiento entre tribunales en lo relativo a la vinculación entre asistencia financiera, cumplimiento de reglas fiscales y no mutualización en la aplicación del Derecho europeo vigente (no en cuanto a los límites a la integración sobre el que el TJUE obviamente no se pronuncia). El tercer hito, también conciliará la opinión del TCFA y el TJUE, mediante el

---

<sup>396</sup> Sentencia (TJUE Gran Sala) de 16 de junio de 2015, *Peter Gauweiler y otros contra Deutscher Bundestag*, (C-62/14)

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-62/14&td=ALL>

Sentencia (TCFA) de 21 de junio de 2016, *OMT*. (Asuntos 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13)

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/06/rs20160621\\_2bvr272813.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/06/rs20160621_2bvr272813.html)

La trataremos con mayor profundidad no sólo por ser la más reciente, sino la que más detalladamente se ocupa de la política monetaria y sobre todo la que mejor encarna, a nuestro juicio, lo que gran parte de la doctrina llama diálogo entre tribunales. No en vano se plantea por primera vez una cuestión prejudicial por parte del TCFA ante el TJUE.

<sup>397</sup> Sobre la configuración y actuaciones de la política monetaria, y en concreto sobre el Programa OMT, véase el apartado correspondiente a la asistencia financiera (PARTE II).

planteamiento de una cuestión prejudicial inédita hasta entonces. Sin embargo, pensamos que, por tratarse del análisis de una controvertida actuación no convencional de política monetaria sus conclusiones y su propia consideración de “diálogo jurisdiccional” adquiere una relevancia aún mayor. Recordemos que el núcleo de tal controversia es un programa de compra de bonos públicos que, siguiendo, por ejemplo, a Paul de Grauwe (2016: 128), introduce la cuestión del funcionamiento del BCE como prestamista de último recurso, en la medida en que ya el mero anuncio del programa produjo, inmediatamente y sin más que su anuncio una relajación de las primas de riesgo de varios Estados de la zona euro que venían asumiendo las tensiones de la zona euro en sus condiciones de financiación. Nos encontramos, cuando menos, en los límites de la política monetaria tal y como se encuentra recogida en los Tratados

El origen de este singular diálogo judicial se sitúa en el recurso interpuesto ante el TCFA por varios ciudadanos alemanes que propicia la que será la primera cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) que el TCFA ha presentado<sup>398</sup> ante el TJUE. La cuestión dará lugar a la sentencia de 16 de junio de 2015 del TJUE<sup>399</sup>, fundamento de la posterior sentencia del TCFA de 21 de junio de 2016.

Analicemos con más detalle los aspectos más relevantes de ambas sentencias.

a) La sentencia del TJUE de 16 de junio de 2015 (Gauweiler et al.).

Veamos dos cuestiones: el respeto a las atribuciones del BCE y la delimitación de la política monetaria; y, la prohibición de la financiación monetaria.<sup>400</sup>

(1) En primer lugar, tras efectuar un repaso de las disposiciones vigentes en materia de política monetaria del TFUE, del TUE y del ESEBC<sup>401</sup>, y asumir que los actos del BCE son controlables judicialmente desde el punto de vista de la competencia para su adopción y su proporcionalidad, el TJ indica que,

---

<sup>398</sup> En el marco de la tutela preventiva frente a eventuales actuaciones *ultra vires* de las instituciones europeas.

<sup>399</sup> STJUE de 16 de junio de 2015 (Asunto C-62/14) por la colaboración del BFA, el Gobierno y el Bundestag con la decisión del BCE.

<sup>400</sup> Ténganse en cuenta las conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, de gran interés a nuestro juicio.

<sup>401</sup> Véase la segunda parte sobre el de derecho positivo UEM.

El Tratado FUE no contiene ninguna definición precisa de la política monetaria, pero define a la vez los objetivos de la política monetaria y los medios de que dispone el SEBC para ejecutar dicha política<sup>402</sup>.

Así, con arreglo a los artículos 127 TFUE, apartado 1, y 282 TFUE, apartado 2, el objetivo primordial de la política monetaria de la Unión es mantener la estabilidad de precios. Por otro lado, esas mismas disposiciones establecen que, sin perjuicio de este objetivo, el SEBC prestará apoyo a las políticas económicas generales de la Unión para contribuir a la consecución de los objetivos de ésta, definidos en el artículo 3 TUE. En cuanto a los medios el ESEBC establece los instrumentos. (Parr. 42 y 43)

En consecuencia, en tanto que no existe una definición precisa sobre la política monetaria, para efectuar su delimitación, para saber si una medida está dentro de los límites de la política monetaria hay que atender según el Tribunal de Justicia a los *objetivos* y a los *medios* y al respeto del *principio de proporcionalidad*.

En cuanto a los *objetivos* perseguidos, dice que han sido (1) la unicidad de la política monetaria, y (2) la adecuada transmisión de la política monetaria, ambas ligadas al objetivo principal de estabilidad de precios. La contribución a la estabilidad de la zona euro como elemento de política económica, no es un elemento que resulte por sí mismo suficiente para considerar una actuación fuera de la política monetaria. No en vano el SEBC y BCE tienen también como propósitos, según el TFUE, apoyar o contribuir a esa política económica general.

En cuanto a los *medios*, el artículo 18 del ESEBC dice que “el BCE y BCNs podrán operar en los mercados financieros comprando y vendiendo directamente instrumentos negociables en euros”, de modo que el programa OMT utiliza uno de los instrumentos de política monetaria contemplados.

En cuanto al “carácter selectivo” (bonos de determinados países) nada obliga –según el TJ- al BCE a que las compras sean generales.

Y añade que no basta para cambiar esta conclusión la condicionalidad de la compra a que un Estado se encuentre dentro de los programas de ajuste (MEDE o FEEF). Para el TJ, tal condicionalidad no convierte el medio empleado en elemento de política económica, sino que pretende no “restar eficacia a la política económica” a través de

---

<sup>402</sup> Véase, en este sentido, la sentencia *Pringle* comentada anteriormente (C 370/12).

esos ajustes. Si incentiva, mejor. Por otra parte, apunta que el hecho de que la compra de bonos MEDE sea política económica, no implica que la compra de bonos BCE lo sea también, ya que los objetivos son distintos, y uno no reemplaza a otro. El MEDE responde a la necesidad de estabilidad de la zona euro (política económica); el BCE, por su lado, pretende la unicidad y transmisibilidad de la política monetaria para garantizar el objetivo de estabilidad de precios (política monetaria). Luego volveremos sobre esta diferenciación entre política económica y política monetaria.

Finalmente, la *proporcionalidad* resulta un principio clave en el ejercicio de competencias por parte de las instituciones europeas y en consecuencia para valorar una posible extralimitación. Para que sean proporcionales los actos UE deben establecer una relación adecuada con los objetivos, no sobrepasar los *límites* y estar debidamente *motivados*.

El TJ justifica la adecuación de la medida del BCE -como requisito de la proporcionalidad-, en tanto que las presiones sobre las condiciones de financiación de algunos Estados de la zona euro generaron serias dificultades para dicha financiación y grandes diferencias entre primas de riesgo<sup>403</sup>. A esta fragmentación financiera responde la iniciativa del BCE para la compra de bonos soberanos, con el objetivo último de evitar la implosión de la zona euro equilibrando a la baja las primas de riesgo y facilitando la transmisión de su política monetaria,

El análisis de la situación demuestra una fragilización del mecanismo de transmisión de política monetaria, por exigencia de primas de riesgo altas con riesgo de estallido de la zona euro. (...) Teniendo en cuenta el carácter controvertido que habitualmente presentan las cuestiones de política monetaria y la amplia facultad de apreciación del SEBC, lo único que cabe exigir a este último es que utilice sus conocimientos especializados en economía y los medios técnicos necesarios de que dispone para realizar dicho análisis con la máxima diligencia y precisión.

Pues bien, en la situación descrita (...) la adquisición en los mercados secundarios de bonos soberanos de los Estados miembros afectados por unos tipos de interés que el

---

<sup>403</sup> Una situación, la presión sobre las primas de riesgo, que venía produciéndose al menos desde 2010 y que como señala De Grauwe (2016) no se encuentra en relación con los fundamentales de las distintas economías sino que es producto de la fragilidad de la unión monetaria, cuyo carácter incompleto empuja a este tipo de presiones producto del “sentimiento” del mercado (miedo, falta de confianza, creencia en las posibilidades de ruptura de la unión monetaria, etc.).

A nuestro juicio, con este programa OMT se reconocía por parte del BCE (y luego del TCFA) que esa era la situación y que el hecho de que se disparasen primero las primas de riesgo de los Estados llamados periféricos (pero también de otros “menos periféricos” como Bélgica o Francia) y luego sus ratios de deuda-PIB tenía mucho menos que ver con la situación económica de esos países que con las deficiencias de diseño del Euro como unión monetaria frágil en tanto que incompleta. La prueba última de ello es que el mero anuncio sirvió para contener las presiones.

BCE consideraba extremadamente altos podía contribuir a reducir esos tipos, disipando los temores injustificados de un estallido de la zona euro, y favorecer así la evolución a la baja, o incluso la desaparición, de las primas de riesgo excesivas.

En este contexto, el SEBC podía legítimamente considerar que tal evolución de los tipos de interés era idónea para facilitar la transmisión de su política monetaria y salvaguardar la unicidad de dicha política. (Parr. 74 a 77)

El mero anuncio ya contribuyó a ello.<sup>404</sup>

(2) Después de dilucidar si el programa del BCE puede entenderse comprendido dentro de las competencias de política monetaria, toca valorar si tal medida respeta las limitaciones que el TFUE establece, en particular, el respeto a la no financiación monetaria. El TJ incide en que la compra de títulos a los acreedores de un Estado es permitida por los Tratados, si bien debe dirigirse a los objetivos perseguidos –evitar la fragmentación financiera, facilitando la transmisión de la política monetaria sin incentivar el endeudamiento excesivo de los Estados emisores-, y para ello incluir condiciones que eviten que las compras en los mercados se convieran en medidas de efecto equivalente al que resultaría de una compra directa de bonos soberanos, financiación prohibida por el art. 123.1 TFUE.

Esta disposición prohíbe al BCE y a los bancos centrales de los Estados miembros la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos a las autoridades y organismos públicos de la Unión y de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda (sentencia *Pringle*, C 370/12, EU:C:2012: 756, apartado 123). De ello se deduce que dicha disposición prohíbe toda asistencia financiera del SEBC a un Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia *Pringle*, C 370/12, EU:C: 2012: 756, apartado 132), sin excluir no obstante, con carácter general, la facultad del SEBC de comprar a los acreedores de dicho Estado títulos previamente emitidos por éste.

Así, el artículo 18, apartado 1, del Protocolo sobre el SEBC y el BCE permite que, con el fin de alcanzar sus objetivos y de llevar a cabo sus funciones, el SEBC opere en los mercados financieros comprando y vendiendo directamente instrumentos negociables, de los que forman parte los bonos soberanos, sin someter esta autorización a requisitos especiales, so pena de ir en contra de la propia naturaleza de las operaciones de mercado abierto.

No obstante, el SEBC no está facultado para adquirir bonos soberanos en los mercados secundarios en condiciones que confieran a su intervención, en la práctica, un efecto equivalente al de la adquisición directa de bonos soberanos a las autoridades y organismos públicos de los Estados miembros, poniendo así en entredicho la eficacia de la prohibición formulada en el artículo 123 TFUE, apartado 1. (Parr. 94 a 97)

Tales condicionalidades -a partir de las cuales se pretende no incumplir la prohibición de financiación monetaria, ni contribuir en último caso a una política fiscal no

---

<sup>404</sup> La política de *forward guidance* o comunicación.

responsable-, son, además de la necesidad de que la compra sea indirecta, principalmente las siguientes:

- Sólo se plantearán las adquisiciones que sean necesarias para salvaguardar mecanismo de transmisión.
- No implicará armonización de tipos de interés, ni los Estados basarán su política fiscal en la certeza de la recompra.
- No conllevará anuncio por adelantado.
- Quedará restringido el volumen de antemano.
- Se establecerá un período mínimo entre la emisión y la compra por parte del SEBC que prevenga el cambio de las condiciones de emisión.
- Incluirá la posibilidad de revender en todo momento y de conservar sólo excepcionalmente hasta el vencimiento.
- Podrá afectar a Estados que se encuentren en condiciones de financiarse en el mercado.

b) La sentencia del TCFA de 21 de junio de 2016.

Para finalizar es preciso referirse a la sentencia del TCFA de 21 de junio de 2016 que recoge el pronunciamiento prejudicial del TJUE que acabamos de ver. Como señalábamos antes, la sentencia trae causa del planteamiento por los recurrentes de la posible actuación *ultra vires* del BCE y de la vulneración del principio democrático incluido en la LFB. Aunque sobre la primera cuestión se pronunció el TJ al responder a la cuestión prejudicial planteada por el TCFA, este también se refiere a ella, aquilatándola en ejercicio de su control *ultra vires* y de identidad constitucional (sobre la base del principio democrático).<sup>405</sup> Comentaremos las cuestiones más relevantes del fallo que sirven para recapitular lo que hemos ido planteando hasta ahora.

- Controles y límites

A propósito de los distintos controles y límites, el TCFA reitera –creemos que de forma especialmente clara- su jurisprudencia anterior.

---

<sup>405</sup> La sentencia considera que los recursos planteados son parcialmente inadmisibles, en la medida en que se dirigen contra actos del BCE que no pueden ser recurridos ante el TCFA. En cuanto a las restantes pretensiones, admisibles, considera que han de ser desestimadas.

### (1) Primacía e identidad constitucional

La sentencia incide en la jurisprudencia previa que establece un límite a la primacía fundado en la soberanía (límite formal o atribución de competencia y límite material o sustantivo, condensado en el concepto de identidad constitucional). Así, se reconoce la primacía del Derecho UE, si bien se afirma que ésta sólo se extiende hasta donde la LFB y la Ley de delegación permiten la cesión de poderes soberanos. Es decir, existen límites a la primacía implícitos en el “programa de integración”, derivados de la competencia atribuida por la ley delegante que confiere al Derecho de la UE la legitimidad democrática. Asimismo, existen límites a la propia cesión, resultantes de los principios constitucionales (identidad constitucional) de la LFB, como espacio intangible o indisponible.

En consecuencia, para el TCFA el principio democrático (art. 20.1 y 2 LFB), la soberanía popular (*Volkssouveränität*), es parte de la identidad constitucional protegida por la cláusula constitucional de intangibilidad (art. 79.3 LFB) y, por tanto, funciona como límite a la integración (art. 23.1(3) en relación con el art. 79.3 LFB). Es por ello que el TCFA señala que tal principio se vulnera si se produce un ejercicio de poder público por parte de autoridades europeas no legitimadas democráticamente.<sup>406</sup>

### (2) Control de identidad constitucional y control *ultra vires*

A la vista de todo lo anterior, el TCFA declara que el *control de identidad constitucional* consiste en la comprobación de que la cesión de poderes soberanos por parte del Bundestag o los actos de Derecho europeo no afectan a la cláusula de intangibilidad del art. 79.3 LFB en lo que concierne a los derechos fundamentales, pero también en lo relativo a los “principios fundamentales que caracterizan los principios de democracia, -a saber- Estado de derecho, Estado social y organización federal.” [FJ 138]

---

<sup>406</sup> Entendiendo que además existe un espacio indisponible de identidad constitucional que no podría formar parte de ese programa.

Por su parte, cuando el TCFA ejerce el control *ultra vires* su actuación consiste en la comprobación de que, el acto de que se trate de la UE no se encuentra protegido por el “programa de integración” (art. 23.2 (2), es decir, excede “manifiestamente” el ámbito de las competencias atribuidas.<sup>407</sup>

### (3) Responsabilidad ante la integración

Mediante este principio -que se equipara a la responsabilidad de proteger los derechos fundamentales- el TCFA asume la responsabilidad de proteger los derechos democráticos de los electores que se vieran vulnerados como consecuencia de excesos de la integración europea más allá de las competencias cedidas, es decir, no fundados en la transferencia de poderes soberanos.<sup>408</sup>

#### - Condiciones adicionales

Sobre el caso concreto, el TCFA coincide con el TJUE en que, -siempre conforme a los anteriores principios de control-, si las condiciones que se enumeran se cumplen, no se produce una vulneración del derecho de los recurrentes (art. 38 LFB et al.) por la inacción del Gobierno y la Dieta Federal ante la Decisión del BCE; tampoco se afectará a las competencias del Bundestag en relación con la integración europea, en particular, la autonomía presupuestaria (como elemento sustantivo integrante del principio democrático y, en consecuencia, de la identidad constitucional). Por otra parte, afirma el TCFA (en ejercicio del control *ultra vires*) que la decisión se encuentra dentro de los límites del mandato del BCE. Tampoco supone, en tales circunstancias, una vulneración de la prohibición de financiación monetaria prevista en el TFUE.

---

<sup>407</sup> Si seguimos la doctrina de la identidad constitucional los actos que choquen con su contenido serán *ultra vires* (lo que no ocurre necesariamente al revés), puesto que lo que no se puede ceder, no puede ser ejercido como competencia europea. No es tanto un problema de primacía, como de limitación de las posibilidades de atribución.

<sup>408</sup> El TCFA (FJ 166) señala que en cuanto a la responsabilidad de proteger, esta se basa en la necesidad de que se adopten medidas de protección suficientes en el ámbito UE y en actuar en caso de que no sea así. En cuanto a la responsabilidad ante la integración consiste en que los órganos constitucionales defiendan el “programa de integración” y reaccionen ante (1) vulneraciones competenciales (*ultra vires*) “manifiesta y estructuralmente relevantes” o (2) ante violaciones de la identidad constitucional, lo que implicará, en su caso, la adopción de medidas concretas para promover su revocación o para mitigar sus efectos en el ámbito nacional.



No obstante, debemos detenernos en algunas “*objeciones*” que plantea sobre “la manera en la que los hechos se establecen, el modo en que se discute el principio de atribución de competencias y el modo en que el control judicial para comprobar que los actos del BCE se encuentran dentro de su mandato se lleva a cabo” [FJ 181]

En primer lugar, señala que el TJUE asume con demasiada facilidad –sin comprobaciones específicas- que el programa OMT es política monetaria (y no política económica). En particular, señala el TCFA, que a pesar de que el TJUE reconoce el “solapamiento” entre la política monetaria y la política económica, acepta que el objetivo del programa de compra de bonos soberanos se encuadra dentro del “ámbito de la política monetaria”. En ese sentido, y aunque en el caso se pueda entender dentro del mandato del BCE, señala que la independencia como principio de funcionamiento del BCE afecta a la legitimidad democrática de sus acciones de forma tal que las decisiones y su interpretación judicial deben estar marcadas por su “carácter restrictivo y por un estricto control del mandato del BCE<sup>409</sup>”. Parece que el TCFA quiere evitar toda idea de laxitud o aprobación general de eventuales actuaciones futuras del BCE. La aceptación del programa constituye, desde luego, un precedente, pero con este tipo de objeciones el TCFA parece no aceptar más que se trata de un caso concreto, una intervención *ad hoc* del BCE (controlada además mediante un diálogo judicial, igualmente *ad hoc*, entre el “Tribunal de Luxemburgo” y el “Tribunal de Karlsruhe”).

Una segunda objeción o matiz se produce por parte del TCFA cuando se refiere a que el TJUE diferencia entre la Decisión de 6 de junio de 2012 del BCE y los actos de aplicación de la misma, lo que implica requisitos adicionales a los del marco de la decisión para que la implementación del programa se mantenga dentro de los límites aceptables. Es decir, establece límites reconociendo de forma implícita el carácter potencialmente ilimitado de la Decisión de 6 de septiembre de 2012. Señala el TCFA que estos parámetros restrictivos adicionales a los establecidos en la Decisión no convierten el programa en algo completamente ajeno a la política económica, pero al menos “hacen aceptable asumir que el carácter del programa OMT es al menos principalmente de naturaleza monetaria.” [FJ 196]

---

<sup>409</sup> Añade una vinculación adicional con el principio de identidad constitucional. El principio democrático como esencia de la soberanía que debería respetarse. Así mismo, afirma que el posible planteamiento de la cuestión prejudicial ayuda al control del carácter restrictivo del mandato.

En consecuencia, finalmente, el TCFA declara que dentro de la responsabilidad ante la integración que corresponde al Gobierno y la Dieta Federal, estos deberán llevar a cabo el *seguimiento* de la implementación del programa, no sólo para comprobar que se desarrolla según las condiciones y parámetros estipulados por el BCE y el TJUE -en tanto que de no cumplirse, el programa supondría una actuación *ultra vires*-, sino para identificar eventuales “amenazas sobre el presupuesto federal, derivadas en particular del volumen y la estructura de riesgos (cambiante) de los bonos adquiridos”. [FJ 220]

...

Llegamos al punto decisivo para el que era necesario recorrer los principales contenidos de las dos sentencias apuntadas. Parece pues que el TCFA acepta que dentro de la política monetaria puede haber actuaciones cercanas a las de la política económica o directamente, que no es posible diferenciar en algunas de esas actuaciones – concretamente en los programas de compra (en el llamado, *quantitative easing*<sup>410</sup>), durante la crisis- en cuál de los dos campos nos encontramos, pudiendo a lo sumo valorarse si se trata de una medida principalmente monetaria dentro de las competencias del BCE (y necesariamente limitada en cuanto a la previsibilidad de la carga financiera).

Este margen de apreciación -que el TCFA reconoce y que él mismo usa para dirimir si la actuación del BCE como prestamista de último recurso supera el filtro del control *ultra vires* y, con las condiciones mencionadas, del control de identidad constitucional- constituye una zona de indeterminación dentro de las normas de Gobierno de la UEM<sup>411</sup>. Esto lleva a preguntarse tanto por la viabilidad de una unión monetaria que no sea completa (es decir que no sea también una unión fiscal), como por la eventual aceptación de un arreglo *ad hoc* que fuera compatible con la eficacia (*tempo* y resultado final) y con la legitimidad democrática de la decisión, en tanto que, aunque pueda respetarse internamente el principio democrático (en el caso alemán), resulta dudosa la conformidad con la no menos democrática exigencia de que dentro de una comunidad

---

<sup>410</sup> Aunque desde el plano jurídico el problema es concurrente en tanto que se establece una garantía implícita, debe tenerse en cuenta que desde una perspectiva económica el funcionamiento del banco central como prestamista de último recurso (así, cuando el BCE anunció que haría todo lo que fuera necesario primero y luego aprobó el programa OMT, lo que hizo fue asegurar la unión monetaria garantizando que se cumplirían todos los compromisos), es diferente de su función de estímulo económico mediante los programas masivos de compra (que funcionan supliendo la ausencia de estabilizadores automáticos centralizados).

<sup>411</sup> Y de cualquier política monetaria, lo que hace cuestionarse la viabilidad o al menos la perfección de una unión monetaria sin unión fiscal o política.

de Derecho como la europea todos los destinatarios de una decisión (de la aceptación de la decisión del BCE y de su control) puedan participar en su adopción.

#### **4.3 Recapitulación y reflexiones finales.**

En este lugar, procede una mínima recapitulación. Partíamos de la identificación de dos principios como el juego de rótula de la relación entre ordenamientos dentro del proyecto de integración europea: la primacía y la atribución de competencias. Seguíamos desarrollando el sentido y evolución de la primacía, en su afirmación y en su limitación, primero con el surgimiento de lo que la doctrina ha llamado contralímites (derechos fundamentales, rango constitucional) y después con la reformulación del principio de identidad constitucional. Así veíamos cómo este principio de identidad constitucional aparece en su formulación más reciente por el TCFA (desde Maastricht pero sobre todo en Lisboa) no sólo o no tanto como un límite a la primacía, sino como un principio más centrado en la atribución de competencia y caracterizado por ser algo así como la condensación de la inseparabilidad del trío soberanía, estatalidad, democracia, erigiéndose, por ende, en un límite infranqueable para la integración. Seguíamos después viendo su plasmación en las principales decisiones sobre la UEM – relativas a Grecia, la creación del MEDE y la aprobación del programa OMT-, en especial durante la crisis, a través de la jurisprudencia del TCFA (control de identidad constitucional). En todo este proceso, considerábamos que la virtualidad de las técnicas de diálogo entre tribunales sirven, en aplicación del principio de cooperación leal, como cauce de solución de conflictos entre ordenamientos concurrentes cuando la controversia se produce en torno al principio de primacía, pero cuestionamos que tal cauce sea el adecuado cuando la controversia se produce sobre la atribución de competencia, no tanto cuando se trata de dirimir cuestiones de interpretación o incluso de exceso puntual, donde puede resultar igualmente válido en tanto que medio de integración del Derecho, sino cuando sustituye a una decisión política no adoptada y que afecta a la atribución y ejercicio de poderes. Este es, a nuestro juicio, el caso de la UEM y la actuación del BCE como prestamista de último recurso para atemperar las presiones derivadas del carácter incompleto de la unión monetaria.<sup>412</sup>

---

<sup>412</sup> El desarrollo del principio de identidad constitucional hace que haya varios ordenamientos concurrentes (punto de vista externo) y (desde el punto de vista interno) un protosistema que no acaba de

### *Reflexiones finales*

Para concluir queremos llevar a cabo tres reflexiones finales, (1) sobre los límites del principio de primacía y el diálogo judicial; (2) sobre el carácter incompleto de la UEM; y, finalmente, (3) sobre el desarrollo, del principio de identidad constitucional.

Comenzábamos planteando que el problema teórico práctico principal cuando nos hallamos ante varios ordenamientos concurrentes es el de encontrar una norma compleja de atribución o distribución de la autoridad última/conflicto común a todos los puntos de vista que regule su interrelación. Esa regla deberá incluir necesariamente una fórmula de atribución de poderes y una serie de parámetros comunes claros sobre validez jurídica, de manera que del conjunto pueda predicarse tanto una mínima predeterminación que aporte seguridad jurídica, como funcionalidad en el sentido de capacidad legislativa o capacidad de gobierno desde los distintos niveles, todo ello sin necesidad de echar mano del principio de jerarquía o reclamar la subordinación entre ordenamientos. Este diseño, un tanto ideal así planteado, permitiría responder afirmativamente a la pregunta sobre si resulta posible el constitucionalismo más allá del Estado ante las necesidades de gobierno de la economía global.

Dentro de la integración europea son fundamentalmente los principios de *atribución de competencias* y *primacía* los que configuran el núcleo de esa norma compleja de conflicto y distribución de la autoridad que regula la interrelación del Derecho UE con los ordenamientos internos nacionales sin necesidad, a nuestro juicio, de concederle mayor protagonismo a la discusión sobre el carácter autónomo o derivado del ordenamiento comunitario, ni por tanto a los debates sobre subordinación o jerarquía. Sin embargo, este diseño, a priori transparente y funcional, no está exento de problemas. Con frecuencia, esos problemas se han venido planteando –con mayor o menor acierto– como límites al principio de primacía, algo que resulta, a nuestro juicio, cuestionable.

---

serlo en tanto que no sólo no habría una ausencia de norma de colisión compleja al menos para algunos elementos (UEM), sino en la medida en que uno, el nacional, se afirma claramente.

## (1) Sobre los límites de la primacía y del diálogo judicial

Como hemos señalado con Díez-Hochleitner (2013: 2), parece que el principio de primacía no puede colmar la relación entre ordenamientos cuando nos referimos al rango constitucional. Una eventual discrepancia al respecto puede ser administrada mediante la cooperación o diálogo entre tribunales. Tal ha sido la situación hasta ahora en el marco de los derechos fundamentales en la UE (Solange), y los principios de la tradición constitucional común y *pro-unione* han de servir a ello desde uno y otro lado de ese diálogo.

Sin embargo, podemos encontrarnos ante una situación no delimitada en la delegación legislativa (la norma que confiere poderes), situación que puede derivar no tanto de la dificultad de una delimitación *ex ante* o de la existencia de un amplio margen de apreciación, sino de la ausencia<sup>413</sup> de delimitación o de un vacío, insuficiente precisión o incorrecto diseño de la norma que confiere atribuciones<sup>414</sup>.

En este caso creemos que el principio de primacía no puede solucionar todos los problemas de relación entre ordenamientos<sup>415</sup>, porque no nos encontramos ante un problema de aplicación, sino de validez, un problema cuya solución ha de buscarse en la propia norma de atribución de poderes. En consecuencia, tampoco el diálogo judicial *ad hoc* puede resultar de manera permanente (más allá de soluciones *in extremis*) el cauce idóneo sin una previa decisión necesariamente política que colme la ausencia o, dicho de otra forma, que establezca un criterio último de validez, y, en su caso, que confiera poderes, como núcleo de la norma de conflicto que regula la relación entre los distintos

---

<sup>413</sup> Este vacío puede ser o no deliberado.

<sup>414</sup> No se trata de una mera laguna que nos llevaría a pensar en la función jurisdiccional de integración del ordenamiento jurídico. Tampoco puede reconducirse la cuestión a la cláusula de cierre según la cual la UE sólo tiene las competencias atribuidas y en consecuencia en el caso que planteamos sí habría norma, pero atribuiría la competencia a los Estados, porque lo característico de este tipo de situaciones es que requieren una solución en el nivel europeo, no en el nacional. Nos hallamos más bien ante el caso de una materia de competencia comunitaria insuficientemente desarrollada para cumplir con los fines de su función. Tradicionalmente constituiría un ámbito de expansión competencial implícita.

En todo caso no estamos ante una cuestión que pueda resolver el principio de primacía. Como veremos, el problema estriba en los efectos de la doctrina de la identidad constitucional y en su ponderación, ya que si por un lado resulta comprensible que se pretenda que no se ocupen competencias que afectan al núcleo constitucional de forma implícita, no parece razonable que la alternativa sea que el diálogo judicial supla *ad eternum* a la ausencia de decisión sobre esa insuficiencia jurídica de la atribución. Entraríamos de esa forma en la consagración del derecho de excepción, siempre pendiente de la *realpolitik* y profundamente disfuncional.

<sup>415</sup> La ponderación entre política monetaria y asistencia financiera (no corresponsabilidad), por un lado, y soberanía fiscal, por otro.

ordenamientos concurrentes<sup>416</sup>. De lo contrario estaremos ante una verdadera delegación legislativa<sup>417</sup> (Hart) en los tribunales supremos –aunque sea por la vía del control *ex post* de identidad constitucional- que reproducirán la situación de facto de poder en el seno de la UEM (deudores-acreedores durante la crisis), lo que en último extremo supone sustituir la fórmula funcional de la *vis expansiva* o la formal revisión de los Tratados, por el ingreso permanente del proceso de integración en una unidad judicial de vigilancia intensiva.

En consecuencia,<sup>418</sup> la profundización política no puede administrarse, a nuestro juicio, mediante este principio de primacía, sino mediante la negociación de las competencias que corresponden a los distintos niveles y su concreción en normas de atribución y conflicto claras y predeterminadas a través de las cuales se respeten las exigencias democráticas, funcionales y, en particular, quede garantizada la seguridad jurídica.

## (2) Sobre las limitaciones de la unión monetaria sin unión fiscal

De lo expuesto hasta aquí creemos que no sólo derivan problemas teóricos, sino prácticos y, en particular, disfunciones en la UEM. Al limitar la integración y circunscribir el principio democrático en relación con ciertas materias al ámbito nacional, el principio de identidad constitucional -concretado a nuestros efectos en la autonomía o soberanía financiera- ha abierto una vía de agua en el proyecto europeo de racionalización supranacional del poder a través del Derecho y concretamente en las capacidades de gobierno colectivo sobre la economía. En segundo lugar, al suplir la ausencia de definición precisa de política monetaria en los Tratados mediante la gestión

---

<sup>416</sup> Tal decisión puede incluir como forma de arreglo la ordenación bajo criterios predeterminados de tal diálogo si la cuestión requiriese ponderación judicial. En ese sentido recordamos las palabras de Bayón cuando reclamaba decisiones de principio frente a consideraciones estratégicas.

<sup>417</sup> Este tipo de situaciones puede haberse resuelto por el cauce funcionalista de las competencias implícitas. A esta situación respondía los poderes implícitos y ante ella surge el control de identidad constitucional como no automatismo, en especial en la UEM. Bien es cierto que la cosa se complica cuando la competencia es europea y se encuentra con prohibiciones expresas como la del art. 125 TFUE.

<sup>418</sup> De hecho, no haría falta aludir a la intangibilidad constitucional. Basta con pensar en un ámbito en el que aunque fuera constitucionalmente aceptable, no hubiese voluntad política de ceder la competencia. Pero en ese supuesto no tendríamos –al menos desde la teoría del derecho- ningún problema, porque en tanto que nos hallamos ante cuestiones de decisión política, lo que no cabe a nuestro juicio es que se diriman de forma permanente acudiendo a las técnicas del diálogo judicial que siempre vendrán mediadas por la inmediatez de una respuesta que por la naturaleza del proceso jurisdiccional no podrán dar y en general por razones de *realpolitik* ajenas a la necesaria racionalización del poder propia del constitucionalismo (además de la dudosa legitimidad democrática con que para tales decisiones cuentan los tribunales).

jurisdiccional *ad hoc* de sus límites, ha aliviado las tensiones del momento sobre esas capacidades de gobierno, pero no puede decirse que haya asentado un verdadero pluralismo constitucional, como señalábamos con Bayón en la primera parte.

*Límites jurídicos.* El esquema institucional previsto en los Tratados y basado en la independencia de la política monetaria, encuentra un punto de fisión en esta exigencia de no mutualización y en su reverso, la prohibición de financiación monetaria directa. En esta encrucijada entre unión monetaria y resistencia de la soberanía fiscal se encuentra el problema. La unión monetaria no es una Unión Fiscal, por lo que, como afirma la ortodoxia, cuando menos será necesaria una estricta solidez fiscal de todos los integrantes, de forma que los asuntos fiscales serán cuestiones que, aún dentro del círculo de la soberanía clásica de cada Estado, afectarán a todos los miembros.

*Límites operativos.* Estos límites jurídicos llevan aparejados *límites o problemas operativos*, especialmente visibles cuando la política monetaria se encuentra en un escenario crítico –estresado podríamos decir– como el que se produjo a partir de 2008.

En particular, aludimos en la segunda parte al problema monetario del “*zero lower bound*” que se produce cuando los tipos de interés fijados por el banco central se aproximan a cero, reduciéndose y eliminándose finalmente las posibilidades de señalización y, en consecuencia, dificultándose la transmisión de la política monetaria a la estabilidad de precios. Es entonces cuando caben al menos tres tipos de decisiones con dificultades que no procede desmenuzar aquí: (1) el establecimiento de tipos negativos; (2) una política de comunicación u orientación de decisiones futuras (*forward guidance*); y, finalmente (3) una política de expansión del balance, es decir, la utilización de medidas de liquidez sin la habitual neutralidad, sino precisamente tratando de influir en la política de señalización y restablecer la transmisión de la política monetaria. Entre estas medidas estarían los programas y actuaciones no convencionales de los distintos bancos centrales a los que hemos hecho referencia y, en particular, la actuación como prestamista de último recurso y el llamado *quantitative easing*.<sup>419</sup>

---

<sup>419</sup> Nos encontramos aquí, precisamente, con problemas derivados de la configuración de la política monetaria de la zona euro a la vista de los límites anteriormente mencionados. Como hemos visto, según constata Malo de Molina (2013: 116), “el BCE no puede embarcarse en operaciones que puedan implicar

*Límites desde el punto de vista económico.* Desde el punto de vista económico, la cuestión es que, como señala Paul de Grauwe (2013a: 6) para atender a la dinámica de “*booms and busts*” propia del capitalismo que estaría en el origen de las continuas crisis financieras, surgen los estabilizadores, es decir, la política monetaria y la política fiscal. La cuestión es que en la UEM, la dinámica “continúa funcionando en el nivel estatal en la eurozona [por ejemplo, la crisis del ladrillo en España] y la unión monetaria no ha disciplinado esta dinámica en una dinámica unitaria europea (*unionwide*)”, “al contrario, parece haber exacerbado la dinámica de *boom and busts* nacional”. En segundo lugar, los estabilizadores existentes en el nivel estatal antes de la Unión han desaparecido sin ser trasladados al nivel de la unión monetaria, dejando a los Estados “desnudos”. La política seguida desde la crisis no contribuye a solucionar la inercia, sino al estar marcada por los países acreedores, a perpetuarla.

La clave está en la conexión entre las limitaciones contenidas en los Tratados (de carácter fiscal) y estas limitaciones económicas o desequilibrios económicos internos de la zona euro que hacen necesaria la actuación de estabilizadores centrales (que desde las compras masivas de instrumentos de deuda, a la política económica expansiva o a un seguro de desempleo se enmarcan en lo fiscal y lo social, ambas materias vinculadas por el TCFA al contenido nuclear de la soberanía). Dicho de otra forma, no sólo nos encontraríamos con limitaciones de política monetaria contenidas en los Tratados, sino

---

mutualización de riesgos o transferencia de rentas [por ejemplo, mediante acciones de solidaridad] entre países que no han sido explícitamente aceptadas por sus parlamentos nacionales”, así que “los únicos riesgos que el BCE puede asumir son los que se derivan estrictamente del desempeño de los objetivos de política monetaria que tiene encomendados”, es decir, primordialmente, de la preservación de la estabilidad de precios.

De los tres tipos de medidas que hemos señalado, el establecimiento de tipos negativos resulta siempre problemática. De las otras dos, la política de orientación (*forward guidance*), aunque seguida por el BCE, no ha podido ser tan sólida como, por ejemplo, la de la FED en la medida en que se pudieran vincular decisiones monetarias futuras “a referencias cuantitativas relacionadas con el comportamiento del desempleo” (Malo de Molina 2013: 120), algo que según la visión ortodoxa y más estrecha vendría vinculado al característico mandato de la FED, que, a diferencia del BCE, tiene ambos objetivos, estabilidad de precios y desempleo. Por su parte, la política de *quantitative easing* o relajación cuantitativa suele suponer, según esta misma visión, “una financiación más o menos directa”, en tanto que consiste resumidamente “en la compra masiva de bonos principalmente públicos, en el mercado secundario con el fin de incidir directamente en los tipos de interés de estos instrumentos y por lo tanto también en la curva de rendimientos”. Sin embargo, frente a la relajación cuantitativa de otros bancos centrales en el caso del BCE –continúa Malo de Molina–, la compra “no puede responder a la finalidad de abaratar de forma generalizada el coste de financiación pública a largo plazo (...)”, esto es, no puede implicar transferencia de rentas entre Estados, sino que “solo puede estar relacionada con el problema específico del área del euro de su posible fragmentación financiera y la distorsión que esta introduce en la transmisión de la política monetaria”. (Malo de Molina 2013: 120).



con una limitación intrínseca de la política monetaria (y de la fiscal), ya que impide que funcionen los estabilizadores nacionales y no los sustituye a escala europea. Esa es precisamente la zona gris donde cabe afirmar la ausencia de norma de atribución de competencia y colisión, de armonización coherente en defecto de jerarquía, la vía de agua del gobierno económico UEM; la clave que nos desvelaría la actuación monetaria del BCE en respuesta al problema del *zero lower bound* es que no sólo no resulta posible discernir si estamos ante política monetaria o política fiscal, sino que, no siendo ello posible, tal vez no sea posible tampoco (o al menos no deseable) una configuración política que no acompañe la unión monetaria de la correspondiente unión fiscal, cuando menos parcial. Debemos pues, preguntarnos si no será la doctrina de la identidad constitucional la llave arrojada al mar después de bloquear estas limitaciones de la política monetaria –las posibilidades de gobierno- y tal vez de poner en peligro el conjunto del proyecto de UEM.

En ese sentido Straubhaar y Vöpel (2012: 127) hacen referencia más o menos implícita a la necesidad de una autoridad última y señalaban que,

La elaboración de políticas europeas a corto plazo no tiene suficiente capacidad de acción –es demasiado lenta y no lo bastante fuerte comparada con los movimientos del mercado (el BCE ha tenido que extender su mandato hasta el límite, si no más allá)-, mientras que las decisiones no están plenamente legitimadas. Hasta la fecha no hay poder soberano europeo con autoridad legislativa o ejecutiva suficiente para lograr la estabilidad política sin necesidad de prolongadas negociaciones multilaterales.

Paul de Grauwe se pronuncia en términos que parecen similares:

The euro is a currency without a country. To make the euro sustainable a country will have to be created. An essential component of a country is a central authority capable of raising taxes and to spend for the whole union. (2013a: 27)

Dicho en otros términos –que conectan con lo que trataremos en el segundo problema-, el diseño actual favorece una política monetaria automática que, cuando se ve en problemas, tiende a superar (más o menos lentamente) su marco normativo, para lo cual requiere una negociación que es típicamente política (y predeterminada) por mucho que se vista de diálogo judicial y en la que la concreción financiera del principio de identidad constitucional llevada a cabo por el TCFA marca el campo de juego y los movimientos que dentro de él son posibles.

...

En definitiva, no parece que resulte posible delimitar claramente la política económica de la monetaria, pero, de la actuación del BCE –bajo tutela del TCFA- durante la crisis, inferimos dos conclusiones quizás más importantes. La primera (1) es, precisamente, sobre esa tutela, que consideramos difícilmente compatible con la idea de una *autoridad monetaria europea* con todos los poderes y con capacidad de ejercerlos en todo momento, sin quedar supeditada a la aceptación por parte de 19 tribunales constitucionales o supremos, pero tampoco por uno. Y ello por razones de seguridad jurídica y de eficacia –capacidad de reacción, *accountability* en una única autoridad-, pero también de democracia en el nivel europeo en tanto que de no ser así se estaría primando la posición de determinados Estados (hoy, los acreedores y, en particular, Alemania). La segunda (2) conclusión es que, precisamente, la unión monetaria sin unión fiscal resulta difícil, por mucho que se adopten reglas fiscales armonizadas, pues las decisiones de política monetaria propias del nivel federal se verán, antes o después, mezcladas con decisiones de carácter fiscal, sin que, por lo apuntado antes, sea ni eficaz ni democrático someter esas situaciones a procesos *ad hoc*, sobre todo cuando pende sobre ellos un principio tan recalcitrante de *realpolitik* como el de identidad constitucional. La crisis ha demostrado que la unión monetaria sólo podrá seguir siéndolo con algún tipo de unión fiscal (*ergo* política).<sup>420</sup>

(3) Sobre el principio de identidad constitucional como límite a la integración.

Resaltamos para concluir que el problema no es ya que se haya utilizado el diálogo judicial como forma *ad hoc* de resolver la crisis, sino que el desarrollo de la identidad

---

<sup>420</sup> En días previos a la finalización de este borrador (31 de mayo de 2017), la Comisión Europea publicó el documento “Reflection paper on the deepening of the Economic and Monetary Union”, en el que se recogen ideas sobre la necesidad de completar la Unión Monetaria. [file:///C:/Users/rsaugar/Downloads/Reflection\\_Paper\\_EMU\\_EN.pdf](file:///C:/Users/rsaugar/Downloads/Reflection_Paper_EMU_EN.pdf)

En buena medida se trata de ideas ya planteadas, más vehementemente incluso, en otros documentos anteriores como la Comunicación de la Comisión «Un Plan director para una Unión Económica y Monetaria profunda y auténtica», 30 de noviembre de 2012 o el Informe de los cinco presidentes, “Realizar la Unión Económica y Monetaria”, 2015. En todo caso el debate sobre la necesidad de instrumentos que doten a la UEM de un carácter completo y de cuando menos cierto grado de mutualización está actualmente abierto, a pesar de las reticencias de los acreedores más significativos, en especial de Alemania.

En todo caso, el objetivo de este trabajo no es el de analizar los distintos instrumentos o mecanismos concretos que se puedan plantear, reconociendo de antemano que las fórmulas pueden ser muy diversas-, sino incidir en los valores y en la necesidad de un diseño institucional que verdaderamente pueda calificarse de pluralismo constitucional, y en el que las normas de atribución de competencias y de colisión entre ordenamientos permitan anticipar las soluciones (seguridad jurídica) y proveer al conjunto de la Unión de instrumentos democráticos de gobierno de la economía.

constitucional parece limitar la integración y en consecuencia las posibilidades del propio proyecto europeo como proyecto de constitucionalismo democrático supraestatal y concretamente las de una UEM que requiere completarse mediante una norma de gobierno suficientemente compleja.

A nuestro juicio, lo verdaderamente llamativo del principio es que rechaza la posibilidad de que en determinados ámbitos pueda cumplirse el principio democrático más allá del Estado nación o, dicho de otra forma, que más que defender, parece configurar *ex novo* el núcleo del orden constitucional estatal (al menos del alemán) como un espacio indisponible, integrado no sólo por los principios fundamentales – especialmente por los derechos-, sino también por la necesaria vinculación de uno de esos principios estructurales, el democrático, a su necesario ejercicio en determinados ámbitos por parte de los órganos estatales. De esta manera parece querer cristalizar una división de funciones –centralización/descentralización- propia de estados de integración intermedios pero que en integraciones más profundas, como la europea, puede resultar disfuncional –en cuanto al tempo y la capacidad de decisión- y limitativa de la capacidad de autogobierno colectivo.<sup>421</sup>

Descendiendo a lo concreto, pensamos que un diálogo judicial cuyo principio de modulación es el de identidad constitucional, tal como ha sido formulado por el TCFA, no puede presentarse como razón jurídica con pretensión de permanencia, ni, en medio de una crisis de deuda de la zona euro, como una fórmula suficientemente neutra (que no responda a un interés político de gestión de la crisis) y eficaz. Que tal principio de identidad constitucional haya podido ser manejado y matizado en el campo de las relaciones entre tribunales para confirmar decisiones institucionales dirigidas a atender a una situación de crisis sistémica, podría servir para alabar la capacidad de resistencia y adaptabilidad del propio sistema, pero no para convertir un arreglo *in extremis* fundado sobre presupuestos que dudosamente pueden ser reconocidos como europeístas (soberanía clásica), en el sistema ordinario de gestión de crisis futuras (o simplemente de actuaciones en materia de Gobierno económico).

---

<sup>421</sup> Añadimos que es un principio alemán (TCFA) -que raramente tendría igual fuerza de no serlo-, algo que difícilmente puede resultar neutral a la hora de gestionar la crisis. No planteamos la discusión sobre si los intereses de Alemania son legítimos, sino sobre la disfuncionalidad del sistema en tanto que no proporciona una solución política predeterminada.

La paradoja viene de que al enfatizarse la identidad constitucional como una definición condensada de la soberanía que insiste en la idea de los Estados como señores de los Tratados, se está resaltando la dimensión nacional de la ciudadanía europea y considerando problemática la dimensión europea, lo que en último extremo, favorece una inercia de enfrentamiento o al menos de antagonismo entre ciudadanos europeos que difícilmente contribuye al europeísmo, especialmente en situaciones de crisis. Dicho de otra forma, nos parece un error de *realpolitik* cometido en nombre de la *realpolitik*.

## Capítulo 5. El problema de la limitación del Gobierno.

Locke y Mill, en Inglaterra, y Constant y Tocqueville, en Francia, pensaban que debía existir un cierto ámbito mínimo de libertad personal que no podía ser violado bajo ningún concepto, pues si tal ámbito se traspasaba, el individuo mismo se encontraría en una situación demasiado restringida, incluso para ese mínimo desarrollo de sus facultades naturales, que es lo único que hace posible perseguir, e incluso concebir, los diversos fines que los hombres consideran buenos, justos o sagrados. De aquí se sigue que hay que trazar una frontera entre el ámbito de la vida privada y el de la autoridad pública. Dónde haya que trazarla es una cuestión a discutir y, desde luego, a regatear.

I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, 1969.

Si la constitución es solo y simplemente el reflejo de las relaciones de poder o aun equivale a estas relaciones, ¿cómo podrá aspirar a determinar normativamente y a inspirar idealmente las relaciones de poder mismo, la dinámica de las fuerzas políticas, que constituyen su principal objeto de regulación?

M. La Torre (1996: 39), prólogo a los *Escritos políticos* de H. Heller.

Hemos visto que si definimos el constitucionalismo como un sistema de racionalización jurídica del poder, el primer gran problema que afecta especialmente a la capacidad de gobierno económico y financiero en la UE es el de las disfunciones que genera la ausencia o insuficiencia de las normas que confieren poderes o distribuyan autoridad en el plano supraestatal. Si este primer problema tenía que ver con el tránsito del Estado nación a la comunidad de derecho supranacional europea, el segundo problema se encuentra relacionado con el proceso de adaptación a una globalización económica en la que aparece una nueva normatividad, tal y como ha sostenido Sassen (2014), cuya idea central es la del gobierno limitado, es decir, la consideración restrictiva de la intervención del Estado en la economía<sup>422</sup>. La doble paradoja de esta nueva normatividad es que se implanta mediante la actuación transnacional de los Estados y se apoya de manera decisiva –aunque no única- en el Derecho para establecer mediante dispositivos jurídicos tal limitación de gobierno<sup>423</sup>. Por ello, nuestro objeto principal de estudio será la identificación de esos dispositivos o mecanismos de articulación jurídica, tanto en el plano internacional, como especialmente en el plano europeo integrado<sup>424</sup>.

En cuanto a nuestro itinerario, para comenzar, en el planteamiento general presentaremos la articulación de distintos mecanismos internacionales y europeos que sirven para la restricción de la intervención del Estado de manera que los gobiernos se

---

<sup>422</sup> No parece que ocurra lo mismo sino más bien lo contrario en otros ámbitos, en relación con los derechos civiles y libertades públicas, donde parece apreciarse un cierto repliegue o al menos un aumento de las potenciales amenazas, normalmente en nombre de una mayor seguridad.

<sup>423</sup> Obviamente tal moralidad no se impone de forma ideal, sino imperfecta, asimétrica, con lo que aunque nuestro análisis pretende ser ordenado no pretende reflejar un despliegue omnisciente y sistemático.

<sup>424</sup> Es decir, no sólo o no tanto en la UE *stricto sensu*, como en el conjunto de la metaconstitucionalidad o constitución integrada en que se imbrican el nivel europeo y el estatal y a la que hacíamos referencia al principio de la segunda parte.

encuentran ante un achicamiento del ámbito disponible para las alternativas de política económica. Plantearemos si en el ámbito europeo ese achicamiento ha sido propiciado por una serie de transformaciones que por su carácter informal podríamos considerar que representan una mutación constitucional. El centro de esas transformaciones es la llamada constitución económica, entendida como el conjunto de preceptos constitucionales que determinan el modelo económico. Nuestra hipótesis es que se ha producido un viraje desde una constitución económica neutra a otra de carácter sustantivo que prima lo privativo<sup>425</sup> (los intereses y relaciones entre particulares), viraje que se efectuaría a través de distintos dispositivos jurídicos: el marco general y la distribución de poderes de intervención. En primer lugar, analizaremos (1) la redefinición del marco general o modelo económico desde fuera del texto constitucional, por la vía de la doctrina académica ordoliberal, de la redefinición constitucional de los límites entre lo público y lo privados implícitos en los derechos fundamentales y del propio proceso de integración europea. En segundo lugar, plantearemos si se ha producido (2) la renegociación de la distribución de poderes, tanto (2.1) entre los niveles de gobierno (federalismo competitivo), como (2.2) en el interior de la clásica separación de poderes, donde parece apreciarse un reequilibrio de poderes caracterizado a su vez por dos inercias: (a) una inercia de desplazamiento del centro parlamentario del sistema constitucional como lugar de la concurrencia y el compromiso, en favor de los otros poderes, principalmente del ejecutivo (dinámica favorecida por la excepcionalidad y la *realpolitik* en el seno de la UE); (b) una segunda inercia superpuesta<sup>426</sup> a la que nos referiremos es la cauterización del espacio político mediante la aparición de una suerte de cuarto poder técnico, pretendidamente apolítico, en tanto que preserva del contraste democrático de alternativas amplios espacios de la política económica. Esta suerte de cuarto poder emplearía como ariete legal la proliferación de administraciones independientes y se manifestaría de forma especialmente clara en el ámbito financiero y monetario, estableciendo un paradigma en el que se automatizan y diluyen algunas funciones públicas, mientras que otras se confían al ámbito privado y la disciplina de mercado. Con un análisis pormenorizado de estas dinámicas constitutivas del paradigma financiero concluiremos.

---

<sup>425</sup> Decíamos al principio “de inspiración alemana (TCFA) e implantación europea”.

<sup>426</sup> En tanto que también forma parte de ese desplazamiento de poder.

En definitiva, plantaremos si se ha establecido una nueva constitución económica sustantiva que atornilla mediante el Derecho las posibilidades de gobierno de la economía consagrando la primacía del ámbito de lo privado (lo privativo) y limitando las posibilidades de actuación del Gobierno y el Derecho público, con serias implicaciones de legitimidad y funcionales para el constitucionalismo entendido como proyecto de racionalización democrática del poder mediante el derecho. Puntualizamos una vez más que no nos vamos a referir a la sustantividad de esa nueva normatividad, más allá de su caracterización general, ni a elementos meramente políticos de su implantación (el establecimiento del consenso, principalmente), sino a los mecanismos jurídicos y pseudojurídicos mediante los que se implanta.

## **5.1 La articulación de la nueva constitución económica: gobierno limitado y preferencia de lo privativo.**

### **5.1.1 La nueva normatividad: el *limited government* o gobierno limitado.**

Como veíamos al presentar los contextos<sup>427</sup>, al menos desde los años setenta del siglo pasado la economía política internacional viene determinada por lo que Sassen ha definido como una nueva normatividad global. Recordamos aquí una definición posible para esa nueva normatividad a la que nos referíamos en la primera parte de este trabajo,

In the multiple negotiations between national states and global economic actors we can see a new normativity derived from the operational logic of the capital market. By the end of the 1990s it had succeeded in imposing itself on important aspects of national economic policy-making. (...) In this new normative order, certain claims and criteria for policy-making emerge as legitimate. In addition, other types of claims lose legitimacy—generally privileging job growth and expenditures concerning the wellbeing of people at large are now devaluated and seen as making states “less competitive” in a normative context where states are expected to become more so. (Sassen, 2014: 117)

Para Sassen, esta nueva normatividad incluye un traslado de buena parte de las capacidades de los Estados a los actores privados que operan en los mercados (en particular, una privatización de las capacidades normativas). Sin embargo, no se trata de que debamos dejar de mirar a los Estados como reguladores de la desregulación para pensar en unos mercados más o menos etéreos y sombríos (la mítica mano invisible). Más bien al contrario, el establecimiento de esta nueva normatividad se produce de manera paulatina y transnacional, precisamente a partir de una serie de mecanismos

---

<sup>427</sup> Puede verse en el capítulo primero de la parte I el último período de la contextualización histórica y en el capítulo segundo el planteamiento del segundo problema del constitucionalismo más allá del Estado que aquí desarrollamos.



jurídicos tejidos a partir de relaciones jurídicas entre Estados<sup>428</sup>. La cuestión es cómo llega a afectar o implantarse esa nueva normatividad en las constituciones y ordenamientos legales nacionales, en los fundamentos del constitucionalismo democrático, y en particular cómo afecta a la capacidad de autogobierno, en buena medida sustituyéndola o anulándola.

Como decíamos este nuevo orden normativo de carácter global (Sassen, 2014:118) se caracteriza por su articulación mediante determinados mecanismos jurídicos que permean los distintos niveles de actuación de los Estados y economías nacionales. De esta manera, en los procesos en los que participan los Estados en el nuevo orden transnacional no hay una última autoridad que sirva para ordenar (con diferente intensidad y en materias que requieren la acción colectiva) las relaciones entre ordenamientos que se consideran soberanos. En cambio, sí surgiría, en sentido negativo, una limitación de gobierno (una especie de armonización de la limitación) articulada a través de distintos mecanismos jurídicos o pseudojurídicos propios del orden transnacional: regímenes internacionales, *soft law*, procesos de regionalización, etc. Uno de los efectos derivados de estos mecanismos es que la *constitución económica* de los Estados que antes operaba ya dentro de los límites de la economía de mercado, opera ahora con límites mucho más estrechos habida cuenta de que se ha adoptado una nueva delimitación entre lo público y lo privado que restringe sensiblemente las alternativas políticas disponibles.

Aunque nos alejamos de cualquier tesis que deje entrever tanto el diseño por parte de un demiurgo omnisciente, como la plasmación perfecta de un ideal, sí debemos constatar que esta concepción de la delimitación de la acción de Gobierno recibe influencia de las teorías de la justicia que en el nombre de la libertad, entendida exclusivamente en tanto que “libertad negativa”, defienden que el único fin del Estado debe ser proteger la vida, la integridad física y el cumplimiento de los contratos. Esa idea queda bien reflejada en

---

<sup>428</sup> Frente al mito del declive del Estado y sin perjuicio de la más o menos intensa participación de otros actores privados y públicos, nacionales y transnacionales.

En el mismo sentido Shaffer afirma con Sassen la importancia del Estado en este esquema, States remain central to these transnational processes since most legitimate authority remains within the state. (...) The state contributes to its own change through its active collaboration with and enabling of transnational forces. (...)The legal ordering that we see is transnational because it implicates multiple states and constituencies within them, but it is not post-national in that states remain central to the creation, implementation, and contestation of transnational legal ordering. (2012: 578)

este fragmento de la obra de F.A. Hayek *The constitution of liberty*<sup>429</sup>, que reproducimos *in extenso*,

Los valores básicos de la Sociedad Abierta<sup>430</sup> deben ser sólo de carácter negativo; es decir, (...) deben limitarse a garantizar al individuo la posibilidad de propiciar –en el ámbito de una esfera de libertad conocida- las metas que en su opinión sean más oportunas, utilizando a tales efectos los medios considerados por él también más convenientes. (...) Por extraño que nos parezca, resulta obligado admitir que, en condiciones normales, en una sociedad libre la autoridad suprema no debe poder ordenar a nadie que haga algo. Sometida siempre a las limitaciones establecidas por las normas de recta conducta, únicamente deberá prohibir ciertos tipos de comportamiento al objeto de que su autoridad repose así en el ininterrumpido respeto a principios de carácter general. (...)

Sólo delimitando la aplicación de normas de tipo abstracto y negativo podrá el gobierno asegurar el carácter también abstracto –nunca el contenido positivo- de ese orden que permite que los individuos puedan poner sus propios conocimientos al servicio de sus también particulares fines. A la mayor parte de los seres humanos, sin embargo, resúltales difícil aceptar que la principal ayuda que el gobierno puede ofrecer para facilitar la más eficaz utilización por cada ciudadano de la información disponible, en orden al logro de sus propios objetivos, sea de carácter “meramente” negativo. (Hayek, 1976/1982: 222-223)<sup>431</sup>

En todo caso, nos centraremos en la forma en la que se implanta y articula -como bloqueo- esa nueva normatividad y no tanto en los elementos materiales, aunque obviamente resultará indispensable aludir a ellos con cierto detalle en algunos momentos de la exposición. Analizar los mecanismos jurídicos a través de los cuales se establece la limitación del gobierno (económico), obedece, como señalábamos en la primera parte (capítulo segundo), a la necesidad última de efectuar una operación de deslinde o esclarecimiento de dónde se trazan esos límites, desde la comprensión de que no son límites naturales sino políticos y, en consecuencia, que son susceptibles de transformación.

A continuación nos centraremos en varios mecanismos que se articulan en los distintos niveles: (1) los mecanismos internacionales o transnacionales; (2) los mecanismos europeos -como paradigma de integración regional. En todos estos mecanismos nuestro enfoque se centrará particularmente en los aspectos financieros, en especial en la UEM.

---

<sup>429</sup> *Los fundamentos de la libertad*, en la edición española.

<sup>430</sup> En alusión a la obra de K.R. Popper, *The open society and its enemies*, George Routledge & Sons, Ltd., London, 1947.

<sup>431</sup> Sobre el término *limited government* puede verse Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty*, Routledge and Kegan Paul, London, 1963: “Federal Government is thus in a very definite sense limited government”. Se refiere Hayek a la doble limitación del poder, territorial-funcional desde la perspectiva de la libertad (negativa) como zona de no interferencia estatal.

## 5.1.2 Articulación internacional<sup>432</sup> del gobierno limitado.

Identificamos dos grandes marcos: (a) el marco de la cooperación, que veremos a través de los regímenes internacionales y sus mecanismos de efectividad; y (b) el marco de la integración, a través de los procesos regionalización con el europeo como paradigma.

### 5.1.2.1 El marco de la cooperación

Veámos en la primera parte que tras la segunda posguerra mundial se trató de establecer un orden que respondiese a las necesidades internacionales pero también a las nacionales, especialmente en materia financiera. Dividíamos el período posterior a la Segunda Guerra Mundial en dos subperíodos a partir del giro producido hacia los años 70, cuya característica principal era la ausencia de hegemonía dentro de un creciente desorden internacional. Sin embargo, a pesar de ese desorden se generó una cierta normatividad; las grandes potencias, especialmente EE.UU., buscaron fórmulas de orden mediante la cooperación a fin de asegurar sus objetivos políticos.

Procede enmarcar esta situación dentro de los principales debates en la teoría de las relaciones internacionales. Junto al debate clásico entre realismo e idealismo<sup>433</sup>, podemos situar un segundo debate relacionado, el del papel de los Estados en la sociedad internacional. Una respuesta fue la aparición del paradigma transnacionalista o grociano conforme al cual quedaría relegada la lectura realista basada en un orden internacional o sistema de Estados que compiten como bolas en un tablero de billar<sup>434</sup>, para pasar a una lectura fundamentada en una sociedad mundial, establecida como

---

<sup>432</sup> Global.

<sup>433</sup> En el que destacábamos con E.H. Carr la posibilidad de su superación

<sup>434</sup> Como señala Barbé (2006: 56), esta imagen de los Estados como bolas de billar fue propuesta por Wolfers, A., *Discord and Collaboration. Essays on International relations*, The John Hopkins UP, Baltimore, 1962.

tejido de interrelaciones en la que el conflicto dejaría paso a la cooperación<sup>435</sup>. Como señala Barbé, conforme a tal visión se superaría “la lógica del sistema de Estados para crear una lógica de red o de telaraña en la que existen múltiples conexiones y en el que todas las piezas están vinculadas. Frente a la anarquía de los realistas, tenemos aquí un mundo grociano en el que los intereses mutuos generan un cierto orden internacional” (2006: 61), lo que no es impedimento para que los Estados -especialmente las grandes potencias- sean actores principales a la hora de tejer esa tela de araña.

Como ha señalado Barbé, en todo caso, los trabajos asociados a ambos paradigmas realista y transnacionalista vienen a menudo influidos, como los orígenes de la disciplina, por las necesidades de la política exterior de EE.UU. como potencia hegemónica, es decir, son considerados *prescriptivos*,

De la misma manera que los realistas estadounidenses de la guerra fría tenían como objetivo la orientación de la política exterior de su país, en base a principios clásicos como el equilibrio de poder, ahora nos encontramos con que los transnacionalistas tienen una finalidad práctica en el mismo terreno. Los mismos Keohane o Nye inscriben su análisis en un marco político bien definido: la necesidad de aprender a ejercer el liderazgo en un mundo en el que ha perdido su posición de hegemonía económica. (Barbé, 2006: 61)

Precisamente por esta razón, se produce un acercamiento entre los postulados de ambos paradigmas hasta constituir lo que la doctrina ha calificado como síntesis neo-neo<sup>436</sup>. Pero más allá de este uso prescriptivo, es decir, marcado por un propósito, creemos en

---

<sup>435</sup> En todo caso, los trabajos asociados a ambos paradigmas realista y transnacionalista vienen a menudo influidos, como los orígenes de la disciplina, por las necesidades de la política exterior de EE.UU. como potencia hegemónica y son considerados como prescriptivos,

“De la misma manera que los realistas estadounidenses de la guerra fría tenían como objetivo la orientación de la política exterior de su país, en base a principios clásicos como el equilibrio de poder, ahora nos encontramos con que los transnacionalistas tienen una finalidad práctica en el mismo terreno. Los mismos Keohane o Nye inscriben su análisis en un marco político bien definido: la necesidad de aprender a ejercer el liderazgo en un mundo en el que ha perdido su posición de hegemonía económica”. (Barbé 2006: 61)

<sup>436</sup> En relación con el debate realismo-idealismo, cabe apuntar que la *teoría de los regímenes*, a la que nos referiremos algo más adelante, se enmarcaría dentro de la síntesis neo-neo y según Barbé es a su vez una síntesis realista-idealista:

“Se ha dicho que la teoría de regímenes introduce categorías de análisis realista. Para ser más precisos, tal y como queda recogido en estudios recientes, la literatura sobre regímenes ha de ser vista como un experimento que reconcilia las tradiciones del realismo y del idealismo. En efecto, la misma idea de régimen supone que el comportamiento del estado está influido por normas de carácter internacional a la vez que es totalmente coherente con la política dictada por el interés nacional. Así, las categorías de poder y de interés nacional, propias del realismo clásico de Hans Morgenthau, están presentes en el análisis de regímenes. Se formula, por tanto, una aproximación, en la que convergen elementos del estudio de los organismos internacionales de base idealista (origen de la concepción. integracionista mundial o regional) y de la visión realista de un mundo totalmente anárquico en el que el único dictado del comportamiento es la maximización del poder estatal” (Barbé, 1989:58).

las virtudes del *carácter descriptivo* de esta perspectiva transnacional y en su carácter ambivalente. La cuestión será qué cooperación y cooperación para qué.

En estas páginas sostenemos que durante las últimas décadas se ha configurado una red de relaciones transnacionales, que responde a la necesidad de modular las relaciones de poder aparecida en torno a los años 70, es decir, a las necesidades de orden y cooperación en ciertas materias en ausencia de hegemonía y respondiendo a intereses estratégicos (incluidos los ideológicos). En el tejido de esta red los Estados siguen siendo muy importantes, sobre todo las grandes potencias, que configuran así una cierta normatividad más o menos alineada con sus preferencias o intereses.<sup>437</sup>

#### a) Regímenes internacionales

Aunque como bien señala Barbé (1989: 60) la teoría de los regímenes no se refiere a formulaciones jurídicas<sup>438</sup> -sino que podría resumirse en la idea según la cual estos “proporcionan el entramado político dentro del que ocurren los procesos económicos internacionales” (Keohane/Nye 1988: 59)-, sí creemos que –más allá de su utilización prescriptiva-, la idea de regímenes internacionales condensa bien la articulación de una normatividad en la que conviven instrumentos típicos del derecho (*hard law*), como los tratados internacionales, con otros más difíciles de calificar como tales –estándares internacionales, autorregulación, *soft law*, etc. Profundicemos algo más en ella a partir de las dos definiciones ya clásicas (Krasner, 1982, y Keohane/Nye, 1977/1988)

---

<sup>437</sup> En todo caso, apuntamos que el aumento de la cooperación internacional ofrece posibilidades que no siempre obedecen a estas preferencias; conviene no confundir el instrumento con su uso. Aunque la *realpolitik* pueda estar siempre presente, no parece que deban desdeñarse progresos en la cooperación o puesta en práctica de soluciones jurídicas negociadas y actuaciones conjuntas en ámbitos tan heterogéneos como el medio ambiente, la justicia penal o la regulación de determinados espacios. Ir más allá de la constatación del instrumental y práctica de la ordenación internacional refiriéndonos con detalle al establecimiento o posibilidades de desarrollos jurídicos internacionales sobre estos ámbitos trascendería notablemente el objeto de este trabajo.

<sup>438</sup> Como bien señala Barbé (referido al régimen del mar) el concepto de régimen internacional no es un concepto jurídico sino una construcción teórico-política:

“De lo dicho anteriormente se desprende que la noción de régimen se aplica a campos específicos de la actividad internacional. En concreto, la teoría de regímenes ha sido ampliamente aplicada a lo largo de los años setenta al estudio del mar. De ahí que existan diversos estudios sobre el régimen de los océanos (*oceans regime*). Antes de profundizar en ellos hay que precisar que el concepto de régimen no responde a formulaciones jurídicas; si bien en el caso del mar coincide con la fórmula de régimen jurídico adoptada en la Convención de Montego Bay (1982).” (Barbé, 1989: 59-60).

Se trata de una formulación política –descriptiva o prescriptiva- que con frecuencia se articula a través de mecanismos jurídicos. Ello conduce necesariamente a la reflexión superficial que aquí efectuamos sobre el mecanismo político de los regímenes tal y como ha sido construido y estudiado en las relaciones internacionales, pero en ningún caso nos lleva a confundir la parte jurídica por el todo político.

encuadradas por Barbé (1989: 56/ 2006: 71), mediante la idea de los regímenes como construcciones teóricas que explican situaciones de orden en un campo de actividad,

El régimen internacional es una construcción teórica que pretende explicar no las situaciones de anarquía y conflicto clásicas de la política internacional, sino *las situaciones de orden* (su creación, su evolución y su desaparición o cambio) *existentes en un campo de actividad (issue area) internacional*. Por su complementariedad y su amplia aceptación se pueden recoger aquí dos definiciones sucesivas de régimen internacional. Se trata, en primer lugar, de la definición de Stephen Krasner [1982], para quien ‘los regímenes internacionales son principios, normas, reglas y procedimientos de decisión en torno a los cuales convergen las expectativas de un determinado campo de actividad’. En segundo lugar, para Robert Keohane y Joseph Nye [1977/1988] ‘los regímenes son redes de reglas, normas y procedimientos que configuran el comportamiento y controlan sus efectos en un campo de actividad’.<sup>439</sup> (Barbé, 1989: 56/ 2006: 71)

Lo que nos importa es entender aquí que, como señala Ruggie (1982: 13), los regímenes internacionales reflejan la existencia de una determinada autoridad política; o dicho de otra forma, los regímenes (en particular los económicos) facilitan la materialización del poder hecho propósito dentro del orden transnacional,

Regimes are neither determinative nor irrelevant, but provide part of the context that shapes the character of transnationalization”. (...) That is to say, international economic regimes provide a permissive environment for the emergence of *specific kinds* of international transaction flows that actors take to be complementary to the particular fusion of power and purpose that is embodied within those regimes. (Ruggie, 1982: 13)

Veamos, como caso significativo, el financiero.

## b) El régimen financiero internacional

Institucionalmente, la arquitectura financiera internacional se compone de organizaciones de composición universal, cuyas normas fundacionales poseen el carácter de tratados internacionales, fundamentalmente el FMI y el Banco Mundial a los que nos hemos referido a lo largo de este trabajo (instituciones financieras internacionales o comúnmente “IFIs”). Además de estas instituciones financieras internacionales, ha proliferado a partir de los años setenta otro tipo de instituciones, las llamadas organizaciones o instituciones “club” cuya composición es más limitada –normalmente reducida a las principales potencias o los principales países desarrollados-, y entre las

---

<sup>439</sup> Buscando una definición más ajustada a nuestros propósitos, aunque tal vez menos precisa, podemos pensar en los regímenes como: (1) un instrumento con utilidad analítica y a la vez descriptiva de la sociedad internacional, (2) que refleja la síntesis entre conflicto y cooperación entre Estados, (3) sobre una determinada área de actividad, (4) caracterizado por su efectividad (en cuanto a la práctica de cumplimiento), (5) así como por un cierto grado de formalización (jurídica).

que destacan el Comité de Basilea, el Consejo de Estabilidad Financiera (FSB), el G-7 (en sus sucesivas formaciones) o el G-20, además de la OCDE. A continuación seguiremos la descripción que realiza Drezner (2007: 119 y ss.) de los principales rasgos caracterizadores del régimen financiero internacional.

*Reacción ante crisis financieras.* Tanto la aparición de nuevas organizaciones, como el aumento de las competencias de las ya existentes, se produce tras la percepción de necesidades de mayor coordinación internacional derivadas de las sucesivas crisis financieras internacionales. Dos ejemplos de ello son la aparición del Comité de Basilea en 1974 tras una crisis bancaria y el incremento de la coordinación tras las crisis asiáticas y latinoamericanas de los 90, del que son ejemplos la cumbre del G-7 de Lyon en 1996 o el surgimiento en 1999 del *Financial Stability Forum* (FSF) y el G-20. Añadiríamos un tercer momento, tras 2008 en el que la importancia de ambos foros aumenta, llegando a la institucionalización del FSF mediante su conversión en el FSB (*Financial Stability Board*), y la convocatoria recurrente de las cumbres del G-20.<sup>440</sup>

*Influencia de organizaciones financieras restringidas.* De esa nueva arquitectura internacional puede destacarse su aire gatopardiano, es decir (a) no implica un cambio de paradigma, pero supone el aumento de la coordinación y los mínimos de la regulación en la búsqueda de algún equilibrio entre mercados de capital abiertos y estabilidad; (b) a su vez, desde la perspectiva de *realpolitik*, observamos con Drezner (2007: 122), una tendencia a situar el centro de la decisión en nuevas organizaciones-club, es decir, de presencia restringida: FSF-FSB, G-7, OCDE, BIS-Basilea, FATF-GAFI, etc. Drezner (2007: 139) describe tres mecanismos de refuerzo significativos: los esfuerzos por vincular estándares de estas organizaciones con condicionalidades del ámbito de las IFI, en especial del FMI; la imposición de sanciones por incumplimiento de estándares, con el caso FATF-GAFI como paradigma; en último lugar, pero quizás aún más importante, la “delegación” en el sector privado financiero, y en particular en las agencias de calificación crediticia y la disciplina de mercado, de los reproches por el incumplimiento.

---

<sup>440</sup> También se refuerza la importancia de Basilea como hemos visto en la segunda parte (y de la regulación bancaria en general como reacción frente a las fuentes de la inestabilidad financiera).

En este sentido, el aumento de la cooperación internacional es una fórmula nueva para modelar el poder no hegemónico de las grandes potencias (EE.UU. y UE, sobre todo) conforme a sus preferencias y propósitos. Drezner (2007: 123 y ss.) plantea un análisis de costes y beneficios desde una perspectiva de liberalismo económico clásico para los países desarrollados y los países en desarrollo. Señala que el establecimiento de estándares regulatorios genera la tendencia a anular los beneficios del arbitraje regulatorio para países en desarrollo (también en general para los centros *off shore*).

*Instrumentos.* En tercer lugar, con respecto a los instrumentos en los que se produce esta cooperación, que a nuestros efectos es lo más interesa, debemos destacar que no se produce a través de tratados internacionales<sup>441</sup> –más que, a lo sumo en cuanto a la creación y normas de procedimiento, en particular de las instituciones financieras de carácter universal-, sino fundamentalmente de estándares internacionales<sup>442</sup>, que aprobados a través de un proceso de negociación técnico jurídica *sui generis* luego son incorporados a las normativas nacionales (incluida la europea). El caso del Comité de Basilea es paradigmático. A continuación nos ocuparemos de los estándares junto a otras figuras pseujurídicas.

Esto en cuanto a los grandes rasgos de la fijación y estructura del régimen internacional (a través del ejemplo paradigmático del financiero)<sup>443</sup>. Veamos ahora algunos concretos instrumentos (jurídicos y pseudojurídicos) a través de los que se articulan estos regímenes (también, en particular el financiero).

### c) Los mecanismos

---

<sup>441</sup> La ausencia de negociación no afecta sólo a los países que no están en los foros (un ejemplo de ello lo encontramos en el FSB). También a los países que están y que en el sistema de conferencia o de procesos de decisión (como el “método comunitario” en la UE), pueden hacer valer su voto y coordinarse con otros tejiendo alianzas más democráticas, quedando menos supeditados a la *realpolitik*. Dicho de otro modo, a mayor institucionalización, mayor seguridad jurídica y posibilidades democráticas.

<sup>442</sup> Véase el Anexo I, apartado sobre “Estándares internacionales”; una panorámica de su importancia y del papel G-20 como referencia de coordinación “desde arriba” puede contemplarse, por ejemplo, en los puntos 17 y 18 del Comunicado de la cumbre del G20 celebrada en Hangzhou (China) en 2016: [https://www.g20.org/Content/DE/Anlagen/G7\\_G20/2016-09-04-g20-kommunique-en.pdf?\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.g20.org/Content/DE/Anlagen/G7_G20/2016-09-04-g20-kommunique-en.pdf?_blob=publicationFile&v=6)

<sup>443</sup> A lo expuesto, habría que añadir un aspecto cuyo mayor desarrollo nos alejaría del camino de nuestra investigación. Nos referimos a la influencia del lobby financiero, de las comunidades epistémicas creadoras de sentido común y de los altos funcionarios, técnicos, etc., que disponen de gran poder de decisión tanto para afianzar la cosmovisión, como sobre los detalles técnicos.



Junto a los mecanismos que repasaremos a continuación cabe aludir al simple Derecho privado y a la llamada *lex mercatoria* como conjunto de prácticas del comercio internacional.

- Soft law<sup>444</sup>

Sobre el *soft law* señala Laporta que más que por referencia al *hard law*, es mejor comprenderlo por sí mismo, conforme a sus “caracteres propios”. Así señala que,

Nace con frecuencia a partir de actores no estatales, es decir, emana de agencias que no tienen autoridad legisladora nacional o internacional, suele contener términos vagos e imprecisos, está articulado de forma no vinculante, y se basa en la adhesión voluntaria o en medios no jurídicos de reforzamiento<sup>445</sup>. Es decir es una suerte de derecho no vinculante que surge por la participación y recursos de actores no gubernamentales en la construcción e implementación de la llamada gobernanza. (Laporta 2007:61)

Esta definición nos parece suficientemente ilustrativa y precisa para englobar toda una serie de instrumentos. Y continúa resaltando que se trata de “acuerdos formalmente normativos, que no son sin embargo vinculantes, producto de comités de expertos”, entre otros. Creemos en todo caso, añadiendo algunos matices a las ideas de Laporta, que dentro de esta amplia tipología tienen cabida las cada vez más frecuentes iniciativas regulatorias de carácter no formalmente vinculante impulsadas por los Estados (en general por autoridades públicas), aunque sea por persona interpuesta (organizaciones internacionales), y, desde luego, también las generadas por empresas, sectores o, en general, sujetos privados que actúan en la economía globalizada.

Su caracterización queda más precisamente expuesta a partir de la exposición de algunas de las razones que se han formulado a favor y en contra y que recoge en el siguiente párrafo de Laporta que reproducimos en toda su extensión por su importancia,

Se han dado en favor de su existencia muchos argumentos: es un método rápido y experimental de regular que no tiene por qué pasar por las penalidades usuales para la firma y ratificación de un tratado, evita la burocratización, es muy flexible, da entrada a la sociedad civil, evita muchas veces los procedimientos engorrosos de incorporación a los derechos nacionales, estimula la coordinación de legislaciones, invita a intentar relaciones de cooperación difíciles de obtener por las vías comunes. Y hay, en efecto, que atender a estas razones. No son razones estrictamente jurídicas pero tienen fuerza. Muchos de los instrumentos en que se contiene el *soft law* incorporan exigencias morales y ponen en el escenario de la deliberación pública informaciones y opciones

---

<sup>444</sup> En otros casos se identifica *soft law* simplemente con no vinculante (*non binding*).

<sup>445</sup> Laporta cita a Chinkin, Ch. (2000), “Normative Development in the International Legal System”, en Shelton, D. (ed.) 2000, *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford: Oxford University Press.

éticas importantes. Suelen estar dotados de cierta *auctoritas* por su elaboración independiente y experta, de forma que inadvertidamente invierten la carga de la prueba y aquellos (...) que no los adoptan se ven compelidos a justificar públicamente su desacuerdo.<sup>446</sup> (Laporta, 2007: 261)

Y concluye Laporta (2007: 263) que, no obstante, este “no puede ser el vehículo idóneo para el imperio de la ley”, en tanto que la conformidad no se vincula a su naturaleza normativa sino al contexto en que se producen, es decir, a la “contingente presencia de factores y causas contextuales, como la presión social o la fortaleza de la sociedad civil y [la conformidad] es siempre discutida y discutible”.

Finalmente, es necesario apuntar que el *soft law* ha tenido importancia creciente desde los años noventa (Terpan 2015) en el ámbito europeo<sup>447</sup>, desplazando en buena medida al método comunitario. Pero a esto nos referiremos con más detalle después al hablar de las dinámicas coadyuvantes al cambio hacia una constitución material, en particular del desplazamiento del centro parlamentario del sistema.

Para finalizar nos centraremos brevemente en los estándares internacionales y la autorregulación que, más allá de las distintas categorizaciones, pueden considerarse especies dentro del género *soft law*.

#### - Estándares

Los estándares internacionales son un elemento pseudojurídico de articulación de una determinada normatividad global a través de la actuación –participación y recepción– de los Estados y caracterizado por su carácter no vinculante, a pesar de lo cual suelen generar una práctica de reconocimiento e incluso en múltiples ocasiones una recepción, esta vez sí vinculante, por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales. Gadinis clasifica los estándares en tres tipos en función de en quien se delegue el poder para aprobarlos: organismos de autorregulación privada; agencias administrativas; delegaciones [ministeriales] de naturaleza política.<sup>448</sup> De especial trascendencia son los

---

<sup>446</sup> El más conocido como principio “*comply or explain*”.

<sup>447</sup> Significativa ha sido su presencia en el ámbito del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Sin embargo, precisamente en esta cuestión se observa un fenómeno inverso, hacia una recepción en los ordenamientos jurídicos de los Estados y del propio ordenamiento europeo que permita una mayor exigibilidad, es decir hacia el *hard law* (aunque todavía con fuerte presencia del *soft law*).

<sup>448</sup> En el anexo pueden verse los principales estándares financieros.

aprobados por algunas organizaciones financieras internacionales (FSB, IOSCO, Comité de Basilea, etc.)<sup>449</sup>. Su importancia queda resumida en las palabras de Gadinis,

From human rights to environmental protection, from the Internet to financial derivatives, from antitrust to missile technology, international standards govern some of the most important issues of our day. These standards are not legally binding, but scores of governments around the world have incorporated them wholesale in their national legal orders. The drafters of these standards are not political leaders, formal government representatives, or international organizations, but rather informal committees of ministry officials, regulators, or private experts. Labeled transnational regulatory networks, these informal bodies have puzzled legal scholars and international relations theorists. (Gadinis 2015: 1)

#### - Autorregulación

Una figura cercana es la llamada “autorregulación”. Señala García Rubio,

En su sentido más genuino podemos definirla como la regulación surgida de las organizaciones o asociaciones de un sector de la sociedad, quienes no solo crean las normas, sino que hacen un seguimiento de su cumplimiento y establecen también normas para asegurar este entre sus propios miembros. (García Rubio 2012: 4)

Destaca García Rubio que a diferencia de las normas de Derecho privado que establecen obligaciones entre las partes, en este caso tienen un alcance más general recibiendo “reconocimiento y, en distinta medida, sanción pública”. Por otra parte, señala su procedencia en el Derecho internacional, aunque vienen proliferando cada vez más en el ámbito interno a través de figuras como los códigos de conducta, buenas prácticas, etc.<sup>450</sup> que implican un aumento de la capacidad regulatoria privada en defecto de la pública<sup>451</sup>. García Rubio (2012: 4-5) distingue tres tipos de autorregulación: la que parte a iniciativa privada (pura autorregulación); la que además viene supervisada por la administración pública; y la que mezcla normas en sentido clásico con autorregulación de propia iniciativa. Estas dinámicas quedan recogidas entre otros en el documento de trabajo “*Better Regulation Guidelines*” de la Comisión Europea<sup>452</sup>, adoptado en diversa medida por los Estados miembros<sup>453</sup>.

---

<sup>449</sup> Dada la complejidad y profusión de estándares, nos remitimos al Anexo I, donde se recogen los principales estándares desarrollados por las organizaciones del ámbito financiero y se explica sucintamente la diversa naturaleza de dichas organizaciones.

<sup>450</sup> Al final nos referiremos al caso de las agencias de calificación crediticia.

<sup>451</sup> Frente a los argumentos de mayor flexibilidad para adaptarse a los cambios sociales, se oponen las dudas democráticas sobre su origen y proceso de adopción.

<sup>452</sup> [http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/swd\\_br\\_guidelines\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/swd_br_guidelines_en.pdf)

<sup>453</sup> Véanse arts. 129 y ss. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

### 5.1.2.2 El marco de la integración. Los procesos de regionalización

Junto con el marco de la cooperación, un segundo marco a través del cual se asienta la nueva normatividad del gobierno limitado es el de la integración económica regional.

Fernández Navarrete define estos procesos jurídicos y económicos de regionalización,

Los procesos de integración económica se insertan en (...) las relaciones de economía abierta, que superan en intensidad a la cooperación. La integración económica implica la aceptación de unas reglas de disciplina más fuertes que las derivadas de otros compromisos internacionales (...). Significa el intento de superar el mercado nacional, un marco de actuación que, en un proceso de globalización, resulta cada vez más insuficiente para los Estados, las empresas y los ciudadanos. Al mismo tiempo, un área de integración significa también un cierto grado de discriminación<sup>454</sup> para los demás, para los no integrados en la misma. (Fernández Navarrete, 2007: 11-12)

Nos referiremos esencialmente y sin mayor dilación a la regionalización o integración regional económica europea<sup>455</sup> a la que dedicaremos el resto de este trabajo.

### 5.1.3 Articulación del *gobierno limitado* en la integración europea.

Una de las dinámicas internacionales que más fuertemente ha influido en la implantación de la nueva normatividad es la de los procesos de integración económica regional o regionalización, del que el europeo es la punta de lanza. Como señalábamos en el capítulo IV<sup>456</sup>, estos procesos se constituyen a través de una serie de elementos característicos, jurídicos especialmente, que en el caso europeo vienen incorporados en los Tratados originarios y su posterior evolución, desarrollo e implementación nacional.

Ya nos hemos referido a las insuficiencias derivadas de la ausencia para determinadas materias de una autoridad última o regla de colisión compleja (Parte III, capítulo IV). La cuestión ahora es atender a una segunda deficiencia de gobierno europeo, la limitación o

---

<sup>454</sup> Este era el argumento de varios firmes partidarios de la economía de mercado como Ropke (1963), para criticar la constitución de las Comunidades Europeas frente a una asociación comercial más amplia (las bases de la posterior EFTA).

<sup>455</sup> Recordamos que en el capítulo IV nos referimos al sentido de la primacía en relación con las bases teórico económicas de la integración regional. Entre otros procesos de integración regional, de distinto alcance y propósito (no todos ellos funcionan en el mismo sentido como dinámicas de articulación de la nueva normatividad), destacan MERCOSUR, Comunidad Andina, CARICOM, ASEAN, NAFTA, UNASUR, ALBA, CEDEAO, etc.

<sup>456</sup> Es clásica ya la caracterización de Weingast (1995) que recoge Harmes (2014), aplicable en sus principios generales tanto a los procesos de regionalización como a fórmulas intraestatales (federales) de distribución del poder territorial.

Aludimos a ellas en relación con la integración europea y el sentido último del principio de primacía. Las principales características son según Weingast (Harmes, 2014: 150): (1) Jerarquía de gobiernos (no *stricto sensu*); (2) autonomía “self-enforcing”; (3) gobiernos sub-nacionales tienen regulación primaria sobre la economía; (4) queda asegurado el mercado común, prohibidas las barreras; (5) limitación de dinero para Gobiernos de segundo nivel: no tienen política monetaria, ni crédito ilimitado. Esto no ocurrirá si existe posibilidad de *bail-out* del Gobierno superior cuando los de niveles inferiores tienen problemas fiscales. Más adelante profundizaremos algo más en esta cuestión en relación con el federalismo competitivo.

ausencia de instrumentos como consecuencia de la implantación de esta nueva normatividad, algo que se ha puesto de manifiesto severamente a partir del desencadenamiento de la crisis<sup>457</sup>. El proceso de integración europea habría servido para adaptar los sistemas nacionales a la nueva normatividad a partir de una suerte de mutación<sup>458</sup> en la constitución económica. En el análisis de los dispositivos jurídicos a partir de los cuales se produce esta transformación o adaptación distinguiremos entre el marco general del modelo económico y la distribución de poderes de intervención (federalismo competitivo y reconfiguración de la separación de poderes).

### 5.1.3.1 La constitución económica (I): marco general

Repasaremos los ya clásicos debates en torno a la constitución económica en relación con la integración europea como medio de articulación de esa nueva normatividad.

#### a) Modelo económico y constitución

---

<sup>457</sup> En otras palabras, “la falta de instrumentos para poder actuar correctamente en el marco de la UEM” (Martín y Pérez de Nanclares, 2012: 399) o en palabras de Escudero “la crisis del 2008 y la posterior crisis de deuda han destapado las insuficiencias jurídicas y económicas de la mal llamada unión económica” (2012: 289).

<sup>458</sup> Numerosos autores hablan de *mutación constitucional* (es decir, por cauces distintos a los de su revisión formal) para referirse a la situación posterior a la crisis, utilizando el concepto de Jellinek para referirse a los cambios operados en la gobernanza económica europea a partir de 2008 y que han dado lugar a la configuración legal vigente que explicamos en la segunda parte. Así, Menéndez (2014: 127), “The ongoing European constitutional transformation is the cumulative result of decisions, which have not been adopted through ‘standard’ supranational Treaty amendment processes or national constitutional reform processes, but taken off the beaten constitutional track through ordinary law-making procedures, through peculiar intergovernmental negotiations and last but not least, through the toleration of new institutional practices”.

Como señala el propio Menéndez, la mutación constitucional es un proceso relativamente frecuente que habría tenido lugar, por ejemplo, en los años 30 (*New Deal*, Estado europeo del Bienestar) o mediante las sentencias del TJCE, a partir de la jurisprudencia fundadora del Derecho Comunitario como derecho autónomo y con eficacia directa y preferente en los términos que conocemos (y que en relación con la primacía hemos tratado en el punto anterior). La diferencia con respecto a estas otras mutaciones constitucionales históricas sería para Menéndez (2014: 127) la amplitud y profundidad de los cambios producidos a partir de 2017. Esta amplitud se plasma en la centralización de poder a nivel europeo (y en ciertas instituciones de los países acreedores) y en instancias que no reciben su legitimación democrática de manera directa, pero además implica una “codificación del diferente trato a los Estados” (deudores-acreedores). No parece, según Menéndez, que, a diferencia de las mutaciones constitucionales vinculadas al Estado de Bienestar (años 50-60), en este caso se trate de una puesta del *rule of law* al servicio de la integración social, sino más bien de todo lo contrario. No estaríamos sólo ante una inexistencia de procedimientos formales de reforma, sino ante la ausencia de vinculación democrática entre la nueva norma constitucional y la realidad social que pretende regir.

Sin embargo, aunque pensamos que puede hablarse de mutación constitucional como sugiere Menéndez para referirse a las grandes transformaciones de la legislación poscrisis, creemos que existe una mutación de más largo alcance histórico y material –alineada con el proceso de globalización– en la que estas grandes transformaciones poscrisis se enmarcarían, precisamente como reacción ante la visibilidad que la crisis aporta al aflorar las carencias institucionales de la integración.

En primer lugar nos referiremos al surgimiento del término. Desde los primeros momentos del constitucionalismo el núcleo político de la constitución (del Estado de Derecho) ha sido una institución económica: el derecho de propiedad. Este reconocimiento constitucional del derecho de propiedad y, más en general, de la libertad económica frente a la arbitrariedad del poder y a sistemas económicos característicos del Antiguo Régimen es la piedra angular del sistema liberal. Como señala Albertí Rovira (1995: 179), las constituciones liberales del S.XIX institucionalizaron un modelo económico capitalista de libre mercado. Se trata del elemento liberal<sup>459</sup> al que nos referíamos en la primera parte al apuntar las notas características del constitucionalismo, un elemento cuyo núcleo es la *limitación* del poder público. Se pretende así establecer un cordón sanitario en torno a la protección de las libertades económicas del individuo y en concreto del derecho de propiedad, para lo cual es necesaria la actuación del propio Estado mediante la instauración de un orden basado en la protección de tales principios ante eventuales ataques, comenzando por limitar su propia intervención *positiva* en los asuntos económicos,

La constitucionalización de la libertad privada y de la libertad económica tenía como efecto excluir toda intervención de los poderes públicos que pudiera limitar tales derechos (o, al menos, someterla a duras restricciones, tanto formales –mediante ley– como materiales –‘siempre por motivos de utilidad pública’–), pero no en cambio aquellas otras destinadas a favorecerlos o a protegerlos. Sólo así puede comprenderse la pacífica coexistencia de la ideología del *laissez faire* con la amplia intervención pública que tuvo lugar en la economía y la sociedad, dirigida a derribar las viejas estructuras del Antiguo Régimen. El liberalismo no pretendió la abstención económica del Estado en abstracto, sino sólo de aquellas intervenciones que supusieran inmiscuirse en las relaciones económicas y sociales creadas por el mercado, pues tal intervención supondría una limitación a la propiedad y a la libertad económica de los particulares. Una vez instaurado el nuevo orden, gracias a la intervención masiva e intensiva del Estado, éste debe dejar funcionar libremente el mercado, debiendo sólo intervenir, en su caso, para protegerlo. De este modo, el abstencionismo estatal que propugna el liberalismo significa esencialmente prohibición de limitar la libertad de actuación económica de los particulares construida sobre la base del derecho ‘sagrado e inviolable’ de propiedad.” (Albertí Rovira, 1995: 179-180).

La libertad negativa y los límites que en base a la misma se establecen para la intervención de los poderes públicos se configuran así como el núcleo fundamental del Estado liberal constitucional, sin perjuicio de constatar la paradoja –a la que también nos referíamos en la contextualización histórica– de que la organización de esta contención o retirada del Estado se lleve a cabo a través de una intensa actividad estatal.

---

<sup>459</sup> La libertad negativa a la que se refiere Berlin y que antes recogíamos en la aproximación de Hayek.

Como hemos visto en la primera parte, la evolución social en el interior de los principales Estados condujo con diferente ritmo e intensidad a la necesidad de articular mecanismos internos de integración social y redistribución. Si en los primeros momentos esta integración del elemento social interno en la estrategia estatal de maximización del interés nacional generó un tipo de proteccionismo económico difícilmente compatible con el orden internacional liberal (repliegue del Estado nacionalista bismarckiano), más adelante trató de fundamentarse en el compromiso (político) a través de distintas formulaciones; fue el caso de la República de Weimar y de las medidas que se adoptan después de 1929, *New Deal* primero y Estado de Bienestar más tarde, como parte del orden internacional –la vertiente interna- de posguerra, el *embedded liberalism*.

Es precisamente a partir del reconocimiento de la necesidad de mayor intervención del Estado frente al mercado cuando surge el debate sobre la *constitución económica*. La necesidad de emplear este término –con distinta intencionalidad- aparece, como señala Albertí Rovira, cuando el modelo económico deja de coincidir con la Constitución y se habilita, mediante normas constitucionales, la intervención del Estado para “irrumper” en determinados ámbitos, limitando la libertad económica y el derecho de propiedad,

La necesidad de intervención pública en la economía y en las relaciones sociales que marca el nuevo papel que se asigna al Estado, activo en lo económico y beligerante en lo social, es lo que da lugar a la incorporación de normas económicas en la Constitución, en la medida en que la intervención pública que se prevé comporta una limitación de la propiedad y de la libertad de actuación económica de los individuos, bien directamente (fórmulas de planificación, nacionalización o socialización, reconocimiento de la iniciativa económica pública<sup>460</sup>), o bien indirectamente (reconocimiento de derechos sociales, que establecen mandatos a la acción pública que no es posible cumplir sin limitar tales derechos y libertades individuales). En esta nueva fase del constitucionalismo se continúan reconociendo los derechos a la propiedad y a la libre iniciativa económica, de acuerdo con la tradición liberal en la que hunde sus raíces, pero en la medida en que las nuevas facultades de intervención que se conceden al Estado limitan tales derechos, se hace necesario que la Constitución las habilite o autorice. (Albertí Rovira, 1995: 181).

---

<sup>460</sup> Señala Maestro Buelga (2002: 62 y ss.) que en un primer momento el debate se centra en la intervención del Estado sobre el mercado no como excepción o con carácter secundario, sino como normal funcionamiento, especialmente para alcanzar el pleno empleo (Un “deber público frente a la autonomía del mercado que se convierte en la excepción). El trabajo es el centro del Estado social. La idea fuerza del primer momento es la de la “funcionalización “de las libertades económicas es decir su ordenación y la del contenido de los derechos hacia fines y no tanto desde la perspectiva de los límites. En un segundo momento afirma Maestro Buelga que estaríamos hablando de Economía mixta como aquella en la que prima el Estado y el ámbito privado aparece como subordinado en el contexto de la planificación.

El nuevo papel del Estado<sup>461</sup> supone, en consecuencia, una nueva ponderación entre la libertad negativa -la ausencia de interferencias en la libertad del individuo y en particular en su libertad económica-, y la libertad positiva o libertad conforme a fines característica de la vertiente emancipatoria (democrática y social) del constitucionalismo. Así, junto a la idea de constitución como *límite* al poder, se enfatiza la idea democrática de *constitución* de poder, es decir, de gobierno colectivo dirigido a fines comunes y encarnado en este momento en un contenido de carácter social. Estamos a un paso de la proclamación del Estado social de Derecho de la LFB o de nuestro tardío Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE).

El debate sobre el concepto de constitución económica –discusión intelectual, con finalidades descriptiva y prescriptiva<sup>462</sup>- se centra por tanto en la ponderación de ambos elementos, liberal y democrático social, o, si se prefiere, en torno a la demarcación de los límites de intervención mediante normas constitucionales sobre la economía.

#### b) Debate, concepciones y evolución de la constitución económica

Es este un debate<sup>463</sup> alemán, al menos inicialmente, en la medida en que la noción de constitución económica es impulsada, en sus distintas formulaciones, por (1) una escuela de pensamiento económico alemana, la de Friburgo, así como por (2) la jurisprudencia del TCFA en el entorno de la provisionalidad de la segunda posguerra, concretada jurídicamente en la indefinida y deliberada interinidad de la LFB, que sitúa en el tejado del nada provisional TCFA la pelota de la interpretación, si no directamente de la creación, de las decisiones políticas fundamentales de la República de Bonn. Veamos las marcas de agua de la constitución económica.

En primer lugar, (1) el concepto aparece vinculado a la *Escuela de Friburgo* y los primeros pasos de la noción de ordoliberalismo, durante los años treinta, como sinónimo de orden económico o, en palabras de Eucken reproducidas por Albertí

---

<sup>461</sup> Lo que se resume bien en las palabras con que Maestro Buelga se refiere a Neumann (1987): “la intervención del Estado determinada por el vínculo social y el gobierno democrático de la economía, es decir, por el control democrático del mercado” (Maestro Buelga, 2012: 46).

<sup>462</sup> Véase al respecto Albertí Rovira (1995: 189-190).

<sup>463</sup> Otro debate importante subyace en Weimar (Schmitt se sitúa contra el concepto de constitución económica) y en la doctrina italiana, sobre si el concepto de constitución económica ponía en peligro la unidad de la constitución política en la medida en que se establecería una autonomía de las cuestiones económicas respecto de las restantes materias constitucionales.



Rovira, “decisión global sobre el orden de la vida económica de la comunidad” (1995: 182). Se trataba en términos generales de dar a la economía un marco estable, una suerte de intervencionismo liberal,

[Se trataba de] establecer un marco legal estable sobre la economía que el sistema político, por su parte, había de respetar. (...) Los ordo-liberales trascendían el *laissez-faire* en cuanto asignaban al Estado la tarea de asegurar el *ordo*<sup>464</sup>. Para caracterizar esta función pública, Walter Röpke empleó el acertado oxímoron ‘intervencionismo liberal’. El viejo y paleo-liberal estado guardián tenía que dejar paso a un ‘Estado fuerte’<sup>465</sup>. Y el principal representante de la izquierda constitucionalista de Weimar lo comprendió inmediatamente. Así Herman Heller afirmó que el ordo-liberalismo es un liberalismo autoritario<sup>466</sup>. (Joerges, 2005: 17-18)

El término *economía social de mercado* (*Soziale Marktwirtschaft*) viene siendo utilizado en asociación con el término ordoliberalismo, incorporando una visión social de raíces católicas al orden económico basado en la competencia, si bien ambos términos han tomado muy diferente cariz en función de autores y escuelas.

En segundo lugar, (2) la importancia del término *constitución económica* ha de ponerse en relación con la LFB y el doble debate surgido sobre qué sistema económico o decisiones fundamentales en materia económica incluía el texto constitucional<sup>467</sup>. Podemos resumir la discusión sobre la constitución económica entre quienes consideran (de forma más prescriptiva que descriptiva) que el concepto refleja la constitucionalización de determinadas opciones económicas, en tanto que se decanta por la economía de mercado, y quienes entienden que la constitución económica de la LFB es una constitución económica neutra que no se decanta por ningún modelo económico, si bien establece a partir de los derechos y libertades fundamentales ciertos límites (más

---

<sup>464</sup> La vinculación con la doctrina social de la Iglesia Católica dice Joerges (2005: 20):

“ordo es una noción católica. Sin embargo, los ordo-liberales que la adoptaron (Walter Eucken, Alexander Rüstow, Wilhelm Röpke) estaban todos fuertemente ligados al protestantismo. A mi juicio, lo que tanto protestantes como católicos vislumbraron fue una tercera vía alternativa al capitalismo y al socialismo. La convergencia de la visión católica y protestante sentó las bases de la economía social de mercado de la Alemania de posguerra. Surgió así un proyecto social ecuménico, compartido por los miembros protestantes y católicos de la Unión Cristiano-Demócrata de Alemania (CDU)”.

Señala Joerges que esta alianza pronto se extendió a los sindicatos, pero también pronto se deshizo (la tradicional vinculación entre el catolicismo y el Estado de bienestar bismarckiano. En otro orden de cosas sobre el trasfondo social de la RFA del momento, nos remitimos a la obra literaria de Heinrich Boll.

<sup>465</sup> Esta noción no debe, obviamente, malinterpretarse. Si acaso servirnos para matizar que en el liberalismo de la segunda posguerra la intervención del Estado se produce también siguiendo la paradoja que veíamos con Albertí Rovira para organizar su retirada, pero además se produce, en un segundo sentido, para crear un orden económico (institucionalizar el mercado). Este matiz nos parece relevante.

<sup>466</sup> Heller, H., “Autoritärer Liberalismus”, *Die Neue Rundschau*, vol. 44 1933 (289-298).

<sup>467</sup> Como señala Albertí Rovira (1995: 188 y ss.) este debate se reproducirá en similares términos en el caso español, con las ventajas del tiempo transcurrido, el conocimiento del debate previo en la RFA y el mayor detalle del texto constitucional.

o menos imprecisos, como veremos) dentro de las distintas opciones económicas posibles.<sup>468</sup>

El TCFA acogerá pronto la idea de constitución formal o neutralidad constitucional, si bien, como veremos también será en su terreno en el que se produzca lo que podríamos definir como una paulatina mutación constitucional hacia una constitución económica ordoliberal o de carácter sustantivo.

En la medida en que el legislador constitucional no se declaró a favor de ningún modelo económico, habrá que entender la adopción de esta noción por parte del TCFA como la asunción del compromiso de posguerra que asume el carácter provisional de la LFB. Dice Maestro Buelga que “si los debates parlamentarios situaban la relación constitución-economía en forma de compromiso dilatorio, el Tribunal Constitucional sancionó la situación construyendo sobre la literalidad constitucional la teoría de la neutralidad” (Maestro Buelga, 2002: 53).

---

<sup>468</sup> Por un lado, el debate se produce según Albertí Rovira (1995: 183) partiendo del entendimiento de que en la LFB se consagraba la economía social de mercado es decir “un determinado modelo económico”, si bien era necesario decidir sobre qué ponderación entre los elementos liberal y democrático social –es decir, qué intervención del Estado en la economía. Este debate sobre inclinaciones se superpone con el debate sobre si realmente la LFB incluía tal decisión sobre el modelo económico o si por el contrario se debía defender el carácter neutral de la constitución, ya que no en vano no se pronunciaba, al menos explícitamente, sobre la relación Estado-economía.

Habría que apuntar, como señala Alberdi (1995: 188-189) que parece que “sólo se defiende la existencia de un modelo constitucionalizado cuando se pretende garantizar la economía de mercado frente a las posibilidades, percibidas a veces como peligros, de transformación que ofrecen las cláusulas constitucionales que habilitan la intervención económica del Estado. Desde la otra perspectiva, frente a la evidencia incontestable del *statu quo* económico y su trascendencia o reflejo constitucional, se prefiere en cambio dejar abiertas todas las posibilidades de intervención, cuya actuación efectiva pueda dar lugar a una distinta conformación de la realidad. De algún modo, puede decirse que se contraponen de un lado, la garantía del *statu quo*, y, de otro, la potencialidad transformadora de la constitución”.

Precisamente sobre esta disyuntiva nos movemos al señalar que hay una serie de elementos jurídicos que articulan la nueva normatividad impidiendo las posibilidades de transformación a través del gobierno colectivo (el problema de gobierno constitucional, racionalización del poder, que planteamos). Estos elementos bloquearían las opciones políticas, en tanto que cristalizaría la constitución material. Cabe preguntarse según lo planteado por Albertí acerca de las posibilidades de una constitución material social (Estado social). La respuesta nos sitúa cerca de la estrategia política de apostar por la constitucionalización de ciertos elementos sociales (sanidad, redistribución), propuesta que nos expondría probablemente al argumento de si el establecimiento de una constitución material en sentido social no traería los mismos problemas constitucionales sobre la libertad o en otros términos, no sería una restricción excesiva del espacio disponible para lo político. Pensamos una vez más que la clave está en el equilibrio de la delimitación y en el hecho de que nada hay a nuestro juicio en los textos constitucionales que recogen el Estado social (Alemania, España, Italia) que haga pensar que su carácter es subsidiario al de la Economía de Mercado, o dicho de otra forma, que la primera es cuestión sujeta al juego político y la segunda no.

Citamos con Maestro Buelga dos extractos ilustrativos de esa formulación constitucional que al menos entre 1954 y 1979 se mantuvo en la jurisprudencia del TCFA,

La neutralidad político-económica de la Ley Fundamental consiste en que el legislador constitucional no se ha declarado de ningún modo expreso a favor de un determinado sistema económico. De este modo, se posibilita que el legislador persiga en cada caso una política económica adecuada a sus objetivos, siempre y cuando sea respetada la Ley Fundamental. (Sentencia de 20 de julio de 1954 sobre la Ley de inversiones).

(...)

La Ley Fundamental no contiene determinación o garantía del modelo económico, sino que encomienda el régimen económico al legislador, quien decidirá libremente dentro de los márgenes tratados por la Ley Fundamental, sin precisar para ello de mayor fundamento que su genérica legitimación democrática. (Sentencia de 1 de marzo de 1979 sobre la cogestión). (Maestro Buelga, 2002: 53-54)

Conviene aclarar que la noción de neutralidad constitucional no equivale a aceptar todas las formulaciones posibles, sino solo aquellas compatibles con la propia configuración constitucional como Estado social<sup>469</sup> de derecho (o si se prefiere el elemento liberal y el reconocimiento de fines sociales), porque sobre esta idea pivotará su virtualidad práctica posterior. Como señala Maestro Buelga (2002: 52), el término neutralidad constitucional<sup>470</sup> puede conducir al equívoco de la absoluta indefinición constitucional. Se trata en cambio de una constitución que entre sus disposiciones de carácter económico reconoce “un grado importante de apertura entre límites definidos”, es decir, garantiza “el reconocimiento de la ausencia de ‘soluciones únicas, exclusivas’, [estableciendo] el ámbito de la política, de las salidas al conflicto, dentro de los límites del sistema”.

En definitiva, como apunta Albertí Rovira, “la constitución permite pues la actuación económica de los poderes públicos sin sujetarse al orden existente o a los modelos preestablecidos con el único y obvio límite del respeto a la propia constitución, y, en especial, a los derechos fundamentales.” (1995: 186). Dicho de otra forma, la noción de constitución formal o neutral adoptada en los primeros momentos<sup>471</sup> por el TCFA y

---

<sup>469</sup> Sobre el Estado social véase: ABENDROTH, W (1986). *El estado social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

<sup>470</sup> Referido al modelo económico de la Constitución española, pero en línea directa con el debate alemán. Se permite el funcionamiento de todos los sistemas que respetan los parámetros constitucionales y sólo excluyen los que sean contradictorios. “nos parece que la referencia del art. 38 a la libertad de empresa en el marco de la economía social de mercado permite un sistema de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada al menos a través de una planificación indicativa” (51 STC 1/1982).

<sup>471</sup> Desde la sentencia 20 de julio de 1954 dice Albertí Rovira (1995: 184) hasta al menos 1979.

mantenida en el tiempo, se articula a su vez a partir de dos conceptos, *espacio disponible* y *límite*, como el haz y el envés de las alternativas de política económica,

La neutralidad constitucional, ni siquiera en una construcción como la del Tribunal constitucional alemán significa que no tiene límites, sino que, sobre esta base, se construye una constitución económica sin referencias generales, modelos, que condicionen a los agentes públicos y privados. Se convierte el ámbito económico en un *espacio disponible*, donde su regulación constitucional sólo opera como *juego de límites-garantías*<sup>472</sup> en la preservación del sistema, diluyéndose los elementos constitucionales de vinculación al sistema económico.

Es resumen, se establece (1) la neutralidad constitucional en el ámbito económico, es decir un “espacio disponible”, (2) eso sí, con un límite o “juego de límites-garantías” para las distintas opciones políticas al cumplimiento de la LFB. Y como señala Maestro Buelga (2002: 54), “la noción de límite se actúa a través de los derechos del sujeto económico privado constitucionalizados”. Como señalábamos al comenzar, la noción de límite vinculada a la de garantía tiene un indudable cariz jurídico, pero conduce directamente a pensar en la decisión sobre los límites, el acto de “delimitar” o fijar una determinada demarcación, que comporta un juicio de naturaleza eminentemente política. En relación con esta delimitación del espacio disponible cabe referirse a tres cuestiones:

- (1) Cómo se produce el tránsito desde la neutralidad constitucional a una constitución sustantiva (la economía social de mercado/ordoliberal) a través de la concreta demarcación de aquellos “derechos del sujeto económico privado”.
- (2) Cómo se produce esa evolución en perfecto acoplamiento con la integración europea y el proceso económico de globalización o, dicho de otra forma, como se produce el enganche entre la normatividad global de la que venimos hablando y los contenidos de la (nueva) constitución económica.
- (3) Finalmente, en cualquiera de sus acepciones o prescripciones la constitución económica sugiere la existencia de dos elementos, (a) un marco general constitucionalizado (los principios configuradores de una determinada concepción económica); y (b) su plasmación concreta a través de un segundo elemento que lo

---

<sup>472</sup> Las cursivas son nuestras.

materializa y modula: la distribución de poderes o facultades de intervención (Albertí).<sup>473</sup>

#### (1) De la neutralidad constitucional a la constitución ordoliberal

Distintos mecanismos han incidido en la sustantividad de la constitución económica. Puede aludirse a la influencia del pensamiento económico ordoliberal en Alemania, la jurisprudencia sobre derechos fundamentales del TCFA o la integración regional europea como proceso enmarcado en la internacionalización de la economía. En todo caso, si se afirma la neutralidad de la letra constitucional en cuanto al modelo económico, la ruptura de tal configuración solo puede producirse desde fuera del texto constitucional a través de la redefinición o creación de sentido sobre determinados preceptos constitucionales, concretamente para aquellos que reconocen y garantizan las libertades económicas, y más en concreto aún para el derecho de propiedad. Por esta vía de ponderación o definición de derechos -que se centra en la decisión de cuál es la zona de no interferencia de los poderes públicos sobre la libertad económica del individuo-, se acaba estableciendo una nueva delimitación del espacio disponible para la política económica y certificando el subsiguiente fin de la constitución neutra.

En esa redefinición o creación de sentido desde fuera del texto constitucional será protagonista la Escuela de Friburgo al establecer una relación inseparable entre economía de mercado y democracia. De esta manera se pretende –como señala Albertí Rovira (1995: 187)- influir desde fuera de la constitución en su contenido económico, al identificar los presupuestos de la economía de mercado con el Estado de Derecho democrático. Digamos que se produce un intento de delimitación desde fuera del texto constitucional que como decimos nada contempla. Como señala Maestro Buelga (2012: 55),

De los dos modelos de ordenación de la economía existentes, argumentaban los teóricos de la escuela de Friburgo, la economía centralizada y la de mercado, esta última es la única conciliable y conforme a los principios de Estado de Derecho democrático. De esta forma, la economía de mercado se constituye en referencia constitucional, en modelo normativo de la ordenación de la economía. La compatibilidad entre principio constitucional fundamental al Estado de Derecho democrático y economía de mercado dota a ésta de un status de modelo normativo que se contagia de la supremacía constitucional.

---

<sup>473</sup> Las dos dinámicas de las que hablaremos para más adelante: el federalismo competitivo y la reconfiguración de la separación de poderes.

Añade Maestro Buelga (2002: 56) que así se convierte esta cosmovisión en “paradigma dominante”, especialmente a través del término *economía social de mercado* (*Soziale Marktwirtschaft*) recogido tanto por textos jurídico políticos (presente en el acuerdo de unificación alemana y sintomáticamente por los Tratados europeos), como por el TCFA.

En lo concreto, es mediante el *juego de límites y garantías* -las decisiones jurisdiccionales sobre los derechos fundamentales-, como se preserva, frente a las intervenciones del Estado en la economía, aquella libertad negativa propia del elemento liberal del constitucionalismo del que hablábamos al principio. Se corrige así la idea de que la LFB no incluye decisiones sobre el modelo económico con la afirmación de que es el contenido de las libertades económicas (y en concreto del derecho de propiedad) constitucionalmente reconocidas entre los derechos fundamentales el que limita tales posibilidades configurando –digamos, en negativo- un verdadero modelo económico constitucional (inseparable además del político por esa misma vía de los derechos fundamentales),

Efectivamente, el Alto tribunal germano 'construye, a través del sistema de límites extraídos de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental y de sus principios (Estado de Derecho), congruente con la fórmula de «economía social de mercado», un concepto implícito de constitución económica. Por ello la declaración sobre la neutralidad constitucional debe ser atenuada por la lectura jurisprudencial de la dimensión económica de los derechos fundamentales<sup>474</sup>. De esta forma, también jurisprudencialmente se realiza la compatibilidad entre constitución política (Estado de Derecho democrático) y orden económico.

No es extraño que la doctrina relativice las reiteradas declaraciones jurisprudenciales sobre la neutralidad: «Tal vez la ley Fundamental no contenga en las citadas garantías decisión política básica alguna que haga específica referencia a la economía, pero eso no es lo decisivo. Lo esencial es que el régimen constitucional de Derechos fundamentales reconoce al individuo, como persona jurídica, una determinada participación en los procesos sociales y económicos. Al individuo le debe ser posible participar en la vida social y económica no sólo a la hora de concretar, a modo de ejecutor público, los aspectos más sutiles de la política estatal, sino igualmente —de manera responsable y autónoma y también en aras del propio beneficio— en la configuración del régimen jurídico, social y económico». (Maestro Buelga, 2002: 56 citando a Papier)

...

No obstante lo anterior, debemos matizar que las ideas del ordoliberalismo contemplan un tipo de intervención del Estado en la economía que no es el mismo que el del Estado liberal del siglo XIX, sino que incorpora la necesidad de que sea el propio Estado

---

<sup>474</sup> Y a nuestro juicio, también por la articulación de los poderes de intervención a la que nos referiremos posteriormente.

mediante cierta ordenación de la actividad económica el que configure las normas de funcionamiento del libre mercado y garantice la libre concurrencia, que se convierte así en la piedra de toque del sistema económico constitucional y como veremos del europeo. Como señala Maestro Buelga (2002:57), “la economía deviene entonces problema constitucional, en cuanto es función pública su ordenación, es decir, las bases del diseño de su funcionamiento. El abandono de la concepción iusnaturalista del mercado es el fundamento filosófico-teórico de la nueva aproximación ordoliberal.” que aceptaría dentro de la fórmula “economía social de mercado”<sup>475</sup> tres tipos de intervención estatal (Maestro Buelga 2002: 58): regulación del mercado para garantizar la competencia, intervención social y política de coyuntura, ambas dentro de los límites de la economía de mercado (especialmente en materia de empleo y redistribución). Es a partir del reconocimiento de esta filosofía económica, que se materializa en unos determinados poderes de intervención estatal, como se consuma el abandono de la neutralidad constitucional.

Finalmente, podemos destacar con Maestro Buelga, a modo de resumen de esta nueva sustantividad económica constitucional, que su rasgo definitorio principal es la preeminencia de los elementos privatistas del sistema (aquellas libertades individuales económicas, el derecho de propiedad, etc.) frente a los sociales que quedan como subsidiarios. Como señala con Boggetti,

‘La constitución, en efecto, ha acogido lo que es tradicionalmente el planteamiento privatista de la economía, que, interpretado de cierta forma, puede ser considerado absolutamente preeminente’. Esta interpretación es asimismo declarada como la única congruente, no sólo con las transformaciones en curso, sino con las orientaciones impuestas con el ordenamiento comunitario. (Maestro Buelga, 2002: 61)

## (2) Constitución económica, integración europea y normatividad global<sup>476</sup>

La segunda cuestión a la que debemos referirnos en relación con la delimitación del espacio disponible es la de la imbricación de todo este proceso de evolución hacia la

---

<sup>475</sup> La acuñación del concepto de atribuye a Alfred Müller-Armack (1947).

<sup>476</sup> Como señala Maestro Buelga (2002: 96):

“La constitución económica opera, en el ordenamiento comunitario, como verdadera constitución material de la Comunidad, e incluso de la Unión Europea. La economía, en el ordenamiento europeo, actúa como fuente de irradiación desde la que se construye el conjunto del sistema jurídico.”

Sobre la constitución económica europea puede verse además de la bibliografía de este trabajo, Baquero Cruz, J., *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002, citado por Joerges (2005: 16). El núcleo de ese Derecho estaría integrado, como indicamos en la parte III, capítulo IV, por las cuatro libertades económicas sobre los factores de producción y el derecho de la competencia.

constitución económica material ordoliberal, dentro del proceso de integración europea.

En palabras de Maestro Buelga,

La oposición entre Estado regulador y Estado interventor, materializado en el modelo asumido en el constitucionalismo económico de la Comunidad europea, no es sino expresión de la nueva constitución económica extendida en occidente, en contraste con el modelo del constitucionalismo social. (maestro Buelga, 2002: 39)

Aquí se produce el “punto de coincidencia con las transformaciones impuestas en el proceso de globalización económica” (Maestro Buelga, 2002: 74) o, dicho de otra forma, la consolidación del paradigma ordoliberal (economía social de mercado, con más o menos variantes) de constitución económica que tiene lugar en Alemania, resulta coherente, con más o menos matices, con los presupuestos de la integración europea y con la nueva normatividad global que se implanta a partir de los años setenta. En realidad, para algunos autores no solo resultaría coherente sino que reflejaría un clásico fenómeno de *bottom up* o influjo nacional (alemán) en el diseño y las políticas europeas (la Europa alemana). Este influjo se percibe al menos en tres momentos fundamentales del proceso de integración. En un primer momento, el que estamos comentando, los postulados ordoliberales coinciden con la dualidad de niveles funcionales de la CEE como proceso de integración regional. Un segundo momento vendría con la STCFA sobre Maastricht y la UEM que para Joerges (2005: 33) “implicaba que Alemania estaba, desde el punto de vista del derecho constitucional, impedida de participar en la unión monetaria si el resto de Europa no suscribía la filosofía monetaria de la propia Alemania”. El tercer momento<sup>477</sup>, se produciría a partir de la crisis financiera (la posición dominante de Alemania como acreedor lo facilita) donde las preferencias (ordoliberales) alemanas se imponen.

Como señala Maestro Buelga (2002: 96), el ordenamiento comunitario encaja bien la fórmula economía social de mercado, es decir, un modelo económico basado en la centralidad de la libre competencia y en la subsidiariedad (no en la completa ausencia)

---

<sup>477</sup> Sobre este tercer momento y sobre los procesos *bottom-up* y *top down*, citamos a Closa (70: 2014): “En la bibliografía al uso, «Europeización» describe tanto procesos *top down* de transferencia de políticas europeas al nivel nacional como procesos *bottom-up* de carga de preferencias o políticas nacionales al nivel europeo (Closa 2014). La reforma de la gobernanza macroeconómica y fiscal entre 2008 y 2013 muestra precisamente ambos procesos actuando simultáneamente. Por una parte, los estados europeos han adoptado políticas macroeconómicas y fiscales diseñadas por la UE (...). [Por otra parte destaca] el origen de las reglas trasladadas al nivel interno: en el ámbito de las reglas fiscales, lo que ha ocurrido es la transferencia al orden europeo de los contenidos sustantivos de la política fiscal y macroeconómica alemana así como de los mecanismos institucionales de garantía de los mismos, tal y cómo se han construido en la RFA”.



de la intervención del Estado (*Estado regulador*), sea para garantizar la competencia, sea como intervención social,

El Ordenamiento comunitario recupera y constitucionaliza las formulaciones de la Escuela de Friburgo, que, por otra parte, están en la base del paradigma del Estado regulador.

De esta forma, «economía social de mercado»<sup>478</sup> en el ordenamiento comunitario significa: centralidad del mercado, reconocimiento de su autonomía, tutela pública de sus reglas, es decir, defensa de la competencia. Esta propuesta no excluye la intervención pública de coyuntura, ni cierto grado de intervención social, de carácter subalterno, pero sin comprometer la centralidad del mercado como principio fundamental articulador del sistema.

Constitución económica, de esta forma definida, significa también inversión de la relación política-economía y subalternidad de la primera, es decir, ruptura del vínculo social que caracterizaba la constitución económica del Estado social. En otras palabras, la constitución económica europea supone el asentamiento de una nueva constitución material del Estado postsocial. (Maestro Buelga, 2002: 111)

En términos similares se pronuncia Joerges (2005: 25) sobre el casi perfecto encaje entre los postulados del ordoliberalismo alemán y las normas fundacionales de la CEE, dentro del más amplio proceso de apertura hacia la economía global. Reproducimos la cita *in extenso* por su nitidez,

En términos conceptuales, el ordo-liberalismo parecía particularmente adecuado para fundamentar la legitimación y orientación del proyecto de integración. Las libertades garantizadas en el Tratado CEE, la apertura de las economías nacionales, la existencia de una serie de normas que prohibían las políticas discriminatorias, y la aceptación de un sistema de libre competencia fueron interpretados como una «decisión» que apoyaba una constitución económica que encajaba con las concepciones ordo-liberales (al menos en un grado considerable, que hacía posible considerar como excepciones aquellas normas que no se adecuaban a la concepción ordo-liberal y, por supuesto, ignorando o haciendo la vista gorda —no podía ser de otro modo— sobre el pecado original que suponía la creación de una Política Agrícola Común). El hecho de que Europa haya iniciado su integración como una mera comunidad económica otorgó plausibilidad a los argumentos ordo-liberales e incluso los hizo necesarios. Desde el punto de vista ordo-liberal, la Comunidad gozaba de una legitimidad independiente de la propia de las instituciones constitucionales y democráticas del Estado, en la medida en la que las disposiciones del Tratado prescribían un orden basado en el derecho cuya función consistía en garantizar las libertades económicas y proteger la libre competencia mediante instituciones supranacionales. Al tiempo, ello implicaba la imposición de límites a la propia Comunidad. Sus eventuales políticas económicas discrecionales serían consideradas ilegítimas y no ajustadas a derecho.

Destacamos por tanto la idea de que la visión ordoliberal coincidía con el diseño de una comunidad de Derecho europea en dos niveles: en el plano supranacional la garantía del mercado y la competencia mediante reglas no sujetas a la política, lo que permitía su

---

<sup>478</sup> Recordemos que el artículo 3 del TUE hace referencia al objetivo de alcanzar una “economía social de mercado altamente competitiva”.

perfecto acoplamiento con la apertura económica característica de la nueva normatividad global; en el plano nacional, la provisión social y de otros bienes públicos.<sup>479</sup>

Aún un apunte más, en absoluto menor. Para Joerges el ordoliberalismo de segunda generación se acerca más a los postulados de Hayek que a los de Eucken, lo que coincide con un enfoque desregulador acaecido tras el *Libro blanco sobre el mercado interior* y, en especial, con trasladar la regulación sobre competencia a “los fallos normativos en lugar de los mercados”. No obstante, esta evolución se mantendría fiel a la noción de constitución económica ordoliberal en tanto que deja el espacio europeo como espacio apolítico, institucionalizando “las libertades económicas y la racionalidad económica” (Joerges, 2005: 29). Finalmente, se refiere Joerges (2005: 31 y ss.) al paso adicional -contrario *a priori* a las ideas ordo-liberales- dado en Maastricht hacia la Unión Monetaria. El recurso formulado ante el TCFA por parte de los defensores de esta cosmovisión, obtendrá una respuesta del Tribunal de Karlsruhe que supone la cuadratura del círculo entre la defensa del ordo-liberalismo, el Estado nación y la integración europea, a costa tal vez de convertir la Alemania europea en una Europa alemana, por citar el tópico de Thomas Mann. De ahí a la identidad constitucional de la que hablábamos en el capítulo IV hay un paso.

(3) La concreción del marco general de la constitución económica: la distribución de los poderes de intervención

En tercer lugar, como última cuestión a la que nos referiremos con más detalle hasta el final de este trabajo, destacamos con Albertí Rovira que junto al *marco general* que acabamos de repasar, el segundo elemento que determina la naturaleza o modelo económico presente, en su caso, en la constitución, es el de la distribución de los *poderes de intervención*.

Marco jurídico-constitucional de la actividad económica y distribución de poderes de intervención pública entre las diversas estancias son pues los dos grandes mecanismos mediante los cuales la Constitución cumple con la función de integración económica. (Albertí Rovira, 1995: 192-195)

---

<sup>479</sup> Reenviamos en este punto a las ideas de Weingast sobre *market-preserved federalism* y su relación con la regionalización que hemos desarrollado en el capítulo IV al tratar de sentar las bases del principio de primacía del Derecho comunitario y al posterior excursus sobre el federalismo competitivo.

Por eso nos referiremos *in extenso* para acabar a dos cuestiones: el federalismo competitivo en el que la idea de dualidad de niveles o funciones creemos que encuentra perfecto acomodo y la reformulación del principio de separación de poderes mediante el desplazamiento del centro parlamentario del sistema como espacio de concurrencia y compromiso político y muy en particular mediante la aparición de un espacio de lo técnico que bien puede pretender atribuirse la denominación de cuarto poder.

#### 5.1.3.2 La constitución económica (II): (re)distribución de poderes e intervención económica

Planteábamos con Sassen que lo global se constituye a través de lo nacional, es decir a partir de ciertos elementos de lo global que son “endógenos a lo nacional” (2010: 123). No nos referimos tanto a la participación transnacional de los Estados sino a ciertas inercias que tienen lugar, con una u otra intensidad y rasgos, en el seno de los procesos políticos nacionales y que influyen en la configuración de lo global. Las dos cuestiones a las que nos vamos a referir se insertan en la transformación de la constitución económica que hemos sintetizado en la idea del tránsito desde una constitución económica neutra -o si se prefiere una disposiciones económicas constitucionales

abiertas al pluralismo- a una constitución en la que el marco general definido por los límites y garantías sobre las libertades económicas, sumado a la distribución de los poderes de intervención, configura un determinado modelo económico. Es preciso, en consecuencia, diferenciar entre el marco general de la constitución económica, al que nos hemos referido hasta ahora, y la concreta atribución y distribución de poderes de intervención que casa con dicho marco general mediante las dos dinámicas jurídicas que planteamos: (1) el federalismo competitivo; (2) la reordenación de la separación de poderes.

##### a) Federalismo competitivo

Con este término aludimos a la implantación de un modelo de distribución territorial y funcional del poder entre la UE y los Estados que de facto supone el cuestionamiento de buena parte de los componentes propios del Estado Social y su sustitución por los de una suerte de *Estado de competencia*<sup>480</sup>, cerrando las posibilidades no ya el modelo de

---

<sup>480</sup> Algunos autores han utilizado fórmulas distintas a la de federalismo competitivo. Así Harmes (2014) se refiere a *market-preserved federalism*. Maestro Buelga y García Herrera se refieren a *federalismo*

constitución material del Estado social (Mortati, 2000), sino de la pluralidad de alternativas aceptables dentro de la neutralidad de la constitución. Utilizamos la fórmula federalismo competitivo, habitual para aludir a este tipo de articulación del poder dentro de los Estados-nación, en tanto que como vimos con Harmes (2014) y Weingast (1995) también cobra especial virtualidad en un plano supranacional dentro de las dinámicas de la integración económica regional de las que es paradigma la integración europea.

Como señalan Maestro Buelga y García Herrera, el federalismo competitivo se incardina en la larga tradición de relaciones entre federalismo y economía que cabe llevar hasta el momento fundacional del constitucionalismo en EE.UU. El sistema de reparto de poder entre la Federación y sus miembros se articuló entonces mediante el llamado federalismo dual, como fórmula complementaria a la separación de poderes, al objeto de limitar el poder de la federación sobre los individuos y, en particular, sobre los territorios que la integran,

En los momentos iniciales de su génesis americana, el federalismo dual es considerado como una técnica limitadora del poder del Estado que complementa y refuerza el principio de separación de poderes. «Una tal interpretación «dualista» del principio federal partía de una concepción minimalista del papel del Gobierno federal que funcionaba como garantía para una sociedad civil separada del Estado aparato y anclada en el principio de libertad e igualdad formal». El reparto territorial del poder era funcional a la garantía de la autonomía social y del mercado en la concepción liberal. Esta perspectiva del federalismo dual es recogida por el federalismo competitivo. Sus análisis tienen como objetivo afirmar la competencia como requisito de la eficacia del funcionamiento del poder estatal e introducir un modelo idealizado de mercado como parámetro de valoración de la acción estatal [citando a Buchanan]. (Maestro Buelga/García Herrera, 2013: 20)

La vinculación del federalismo con la economía de mercado adquiere un carácter renovado en la segunda posguerra a partir de las formulaciones teóricas del *limited government* que venimos recogiendo, hasta convertir la división o atribución territorial

---

*global de mercado*, en tanto que este estaría asociado a los sistemas federales nacionales. Creemos que con independencia de la terminología, relacionada con las transformaciones globales a las que nos venimos refiriendo, el fenómeno se caracteriza principalmente por dos aspectos: servir para el reparto de poder entre niveles diferentes y disciplinar la actuación de los poderes públicos mediante reglas o incentivos privados en clave de gobierno limitado. Véase Weingast (1995), Harmes (2014) y Maestro Buelga/García Herrera (2013), “*Del Federalismo competitivo al federalismo global de mercado*”.

Otra fórmula, es la de sistema o gobernanza multinivel. Esta fórmula empleada para referirse al sistema que calificamos como federalismo competitivo es, a nuestro juicio, insuficiente, en la medida en que se limita a describir la existencia formal de varios niveles de Gobierno, siendo el reparto que aquí identificamos con el Estado de competencia sólo uno de los muchos posibles dentro de una estructura multinivel. Así, matizamos que constitución multinivel –a la que nos hemos referido en la primera parte con Pernice- no implica, a nuestro juicio, necesariamente federalismo competitivo, del mismo modo que este adjetivo no es especificativo, es decir, no todas las fórmulas federales obedecen a los mismo principios político económicos.

de poderes -y en concreto de los poderes (limitados) de intervención sobre la economía- en un elemento central de la constitución económica, fraccionando dichos poderes mediante la división funcional y favoreciendo la competencia entre niveles. Así,

Ya desde su nacimiento el federalismo fue vinculado con el mercado y fue considerado como la forma institucional de organización del poder más acorde con las exigencias de la economía. La simbiosis de la teoría político-constitucional y económica es resaltada por varios autores que destacan la congruencia entre la interpretación del mercado de Smith y las reflexiones sobre el poder del Federalista.

Hayek refuerza esta vinculación con desarrollos posteriores. La teorización del federalismo competitivo profundiza en esta relación al convertir al federalismo en el marco institucional más idóneo del mercado. Su funcionamiento interioriza la lógica del mercado al establecer la competencia entre los niveles de poder territorial, limitar el poder estatal y contener la intervención económica. El federalismo competitivo es, por tanto, una teorización del federalismo de mercado. No en vano, en este marco teórico nace el propio término. El federalismo de mercado propicia el desarrollo de una estructura de poder en competencia que impone la actuación limitada y desnaturalizada de los poderes públicos para favorecer el funcionamiento y autonomía del mercado. Maestro Buelga/García Herrera, 2013: 39)

En consecuencia, a través de la distribución funcional dual, los Estados compiten comercialmente dentro de unos mercados abiertos<sup>481</sup>, pero también compiten, gracias a las posibilidades de diferenciación regulatoria que permite el modelo dual, por la captación de capital dentro de la norma de máxima movilidad de la que este goza internacionalmente (financiación, inversiones, regímenes tributarios<sup>482</sup>, laborales, etc.).<sup>483</sup>

En ese mismo sentido, uno de los rasgos de la metaconstitucionalidad europea, atendiendo a la distribución de poder, es la división competencial y funcional –lo que en el seno de los Estados suele denominarse como distribución territorial del poder entre el plano superior (UE) y el inferior<sup>484</sup> (Estados y su reparto competencial interno). Mientras que las funciones redistributivas propias del Estado Social (desde la política tributaria a la protección social o la legislación laboral) permanecen fundamentalmente

---

<sup>481</sup> En una apertura comercial creciente (al menos hasta ahora), que trasciende ampliamente el marco del mercado interior para expandirse mediante los distintos tratados bilaterales y multilaterales.

<sup>482</sup> Véase, por ejemplo, Sharman, J.C., *Havens in a Storm: the Struggle for Global Tax Regulation*, Cornell University Press, Ithaca, 2006.

<sup>483</sup> Lo que no impide que los estados fuertes impongan algunos estándares regulatorios que favorecen sus preferencias, como señala Drezner (2007: 130 y ss.), tratando de limitar los efectos del llamado *forum shopping*, lo que no afecta la lógica de funcionamiento competitivo (aunque pudiera no ser por ello del gusto de los liberales más puristas).

<sup>484</sup> Inferior y superior, no en base jerárquica, sino espacial o territorialmente hablando. Realmente el término más adecuado nos parece el de reparto *funcional*.

en el plano estatal<sup>485</sup>, la apertura de la economía se establece como la directriz política principal en el nivel de la Unión. Como señala Harmes con carácter general, se trataría de (1) centralizar las competencias como las de protección de propiedad, contratos, creación y mantenimiento de mercados y libertad de circulación; y (2) descentralizar las competencias políticas de “redistribución de riqueza y corrección de los fallos de mercado”, incluidas las políticas de ingresos, que quedarían así a la competencia entre jurisdicciones.

Competitive or market-preserving federalism, however, goes a step further by advocating a specific type of federalism based on two key principles for determining which policy capabilities should be assigned to which level of government. The first principle is to centralize those policy capabilities that relate to property rights, enforcing contracts and creating/maintaining markets. Of particular importance here is that subnational governments should not have the ability to limit the right to exit (or enter) their jurisdictions. The second principle (...) is to decentralize the policy capabilities that neo-liberals do not support, including those that relate to wealth distribution and the correction of many market failures. This includes the assignment of redistributive taxing powers related to income, capital gains and corporate taxes to the subnational level, along with jurisdiction over redistributive social programmes such as public education, health care and social security (...) and regulatory powers related to, for example, environmental and labour policy. (Harmes, 2014: 148)

En este sentido se refiere Joerges, finalmente, a la consagración de la CEE como “comunidad política dual” o de dos niveles, perfectamente alineada con los postulados ordoliberales, y en la que el nivel europeo vendría caracterizado por la cauterización política o, en otros términos, por constituir un espacio de decisión reservado a la

---

<sup>485</sup> La STCFA sobre el Tratado de Lisboa comenta la integración funcional (aunque parece fijarse más bien en cuestiones de empleo, mercado de trabajo, igualdad, libre circulación). Defiende que el TJUE ha mantenido una jurisprudencia de carácter social:

“Ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ciertamente hasta fechas recientes ha dado ocasión a críticas de ‘orientación (de la Unión Europea) unilateral hacia el mercado’ pero al mismo tiempo ha señalado una serie de elementos en favor de una ‘Europa social’. En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha desarrollado principios que refuerzan la dimensión social de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia ha reconocido por ejemplo numerosas demandas sociales importantes como elementos imprescindibles del bienestar general que pueden justificar las limitaciones de las libertades del mercado del Derecho Comunitario. Éstas incluyen por ejemplo la protección de los trabajadores.”

A nuestro juicio, el TCFA no se está refiriendo a la relación entre política financiera y política social, ni a condiciones básicas de igualdad que vendrían aparejadas. El hecho de que Alemania conserve su política social e incluso que la UE haya tomado algunas medidas en ese ámbito, no impide afirmar que una determinada política económica UE repercute -por su subsidiaria preocupación social- en las capacidades estatales de cumplir con el principio de Estado social y, sobre todo, que esa división de funciones puede resultar precisamente disfuncional en la medida en que debilita los contenidos del Estado social del conjunto y, especialmente, el de los Estados más vulnerables financiera o económicamente (menos competitivos). Por otra parte, la mera afirmación de que *en algunos casos* pueden justificarse las “limitaciones de las libertades del mercado del Derecho Comunitario”, muestra la preeminencia general de la libertad de mercado sobre intervenciones estatales de carácter social, algo muy en línea con los principios de la economía social de mercado a los que nos venimos refiriendo.

racionalidad económica y alineado con los postulados de limitación de la intervención en la economía,

Desde su punto de vista [ordoliberal], el nivel de gobierno europeo no podía (y de hecho, no debía) asumir tareas políticas que requiriesen de una legitimidad equiparable a la proporcionada por sus instituciones a las democracias constitucionales. Al margen de la simpatía que uno tenga con las premisas normativas del argumento, no cabe duda de su coherencia y compatibilidad con el orden institucional de la Comunidad Económica Europea tal y como fue originalmente concebida. La comunidad política ordoliberal europea ha de tener una doble estructura: en el nivel supranacional está orientada hacia la racionalidad económica y un sistema de libre competencia, mientras que es en el ámbito nacional en el que han de ser concebidas y desarrolladas las políticas redistributivas. Resumiendo, Europa habría sido constituida como una comunidad política dual. Su «constitución económica» era apolítica en el sentido de que no estaba sujeta a intervenciones políticas. Ésta era su *raison d'être* constitucional-supranacional. La política social era tratada como una materia categóricamente distinta, constituía un dominio de la legislación política y, por tanto, debía permanecer en el ámbito nacional. Así pues, el enraizamiento del mercado en la sociedad podía y debía ser llevado a cabo por los Estados miembros de manera diferenciada. (Joerges, 2005: 26)

Estos son los fundamentos y razón histórica del federalismo competitivo y esa parece ser la situación en la UE en la que en el plano superior los Estados compiten entre sí comercialmente y por la captación de inversiones, y en el plano inferior compiten a la baja en los ámbitos sociolaboral y financiero, tanto tributario, como de endeudamiento. La regla de la unanimidad en decisiones *comunitarias* de contenido fiscal y la cláusula de no mutualización (en tanto que el carácter incompleto de la unión monetaria priva a los Estados de estabilizadores automáticos, como mecanismos frente a las recurrentes crisis del sistema capitalista, sin establecer estabilizadores en el nivel europeo), realimentan esta dinámica de competencia entre los respectivos tesoros. El resultado es una financiación más cara para algunos Estados y una menor recaudación<sup>486</sup> (en los

---

<sup>486</sup> Solo por referirnos a uno de los ámbitos donde esta situación es más patente, en ese sentido señala Merlo (2016: 16):

“Uno de los temas que cada vez preocupa más en política fiscal es la elevada movilidad de las bases imponibles como característica distintiva de las multinacionales con respecto a las empresas nacionales. La movilidad de la base imponible de las multinacionales —lo que se conoce por traslado de beneficios (profit shifting)— significa que el beneficio fiscal (la base imponible) se reasigna a países con menos impuestos, mientras que las inversiones reales responden a estos diferenciales fiscales con mucha menor intensidad. Estas estrategias de elusión fiscal se traducen en que, en general, las multinacionales pagan menos impuestos y la planificación fiscal en este caso es a costa de los ingresos tributarios de los países que las acogen. La labor de investigación de la OCDE sobre erosión de la base imponible y traslado de beneficios (BEPS) ya señala el problema y, para abordarlo, se insta a adoptar una política fiscal internacional, dado que las pérdidas de ingresos estimadas son sustanciales: «Los hallazgos de los trabajos [...] confirman la magnitud del problema, registrándose pérdidas globales de recaudación en el ámbito del impuesto sobre sociedades (IS) de entre el 4% y el 10%, es decir, de 100 a 240 mil millones de dólares al año»”.

Concluye Merlo (2016: 17) recogiendo la constatación de la OCDE acerca de la incapacidad de los Estados de afrontar por sí solos este problema y, en consecuencia, la necesidad de acciones colectivas: “la

Estados y en el conjunto de la UE) por determinados ingresos, todo ello por factores que pueden tener que ver con el estado de su economía<sup>487</sup>, pero sobre todo con su situación de poder (*realpolitik*) en el conjunto de la UE (y, más concretamente por su situación de desnudez dentro de una unión monetaria incompleta), y con su capacidad de adoptar decisiones regulatorias competitivas en los ámbitos indicados (laboral y tributario, principalmente<sup>488</sup>). El proceso se refuerza en la medida en que todo lo anterior resulta determinante a la hora de obtener la oportuna calificación crediticia<sup>489</sup>, indispensable para mantener las condiciones de financiación de los respectivos tesoros nacionales en niveles razonables.

---

erosión de la base imponible y el traslado de beneficios es un problema mundial que exige soluciones mundiales”.

Véase “Proyecto OCDE/G20 de Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS)”. Informes finales (con recomendaciones/estándares) presentados el 5 de octubre de 2015.

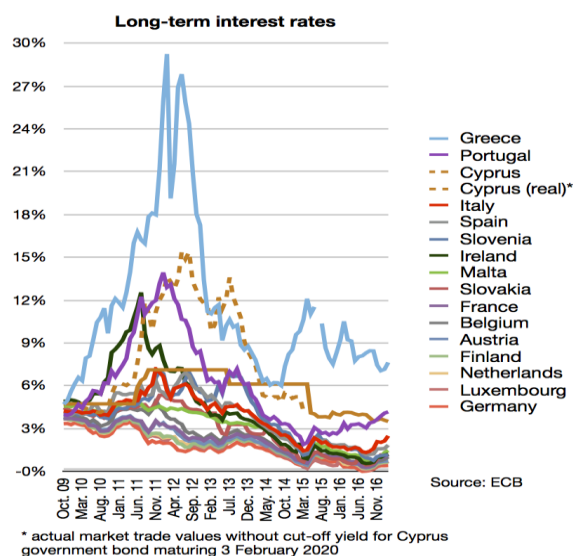
<http://www.oecd.org/tax/beps-2015-final-reports.htm>

Sobre el mismo problema véase también, Loretz, S., “*Estamos viviendo un proceso de race to the bottom en la tributación sobre sociedades?*”, *IEB Report*, 2/2016.

<sup>487</sup> En relación con los diferenciales de las primas de riesgo de los países de la eurozona, y con los efectos de la fragilidad de la unión monetaria incompleta sobre esos Estados, De Grauwe (2016: 115 y ss.) señala:

“the strong increases in the government bond spreads in the Eurozone from 2010 were not only due to deteriorating fundamentals (such as government budget deficits and debt levels) but were driven mainly by market sentiments (i.e, by panic and fear). Second, (...) the ensuing spreads forced countries to austerity measures that in turn led to increasing government debt to GDP ratios”.

Véase en el siguiente cuadro (Fuente: BCE) el encarecimiento progresivo de la financiación de algunos Estados de la integrantes de la unión monetaria durante la crisis del Euro y como las condiciones mejoraron radicalmente cuando el BCE anunció que haría todo lo necesario y, en particular, avanzó su intención de poner en marcha su programa OMT en 2012:



<sup>488</sup> En contraste, por decisión política, en materia medioambiental se produce la armonización, mitigando notablemente la competencia sobre esta cuestión dentro de la UE.

<sup>489</sup> Al final nos referiremos a las agencias de calificación crediticia.



Y sin embargo, más allá de su integración en la constitución económica como fórmula de distribución funcional/territorial<sup>490</sup> del poder, este sistema parece adolecer de problemas o tensiones vinculadas al proceso de ampliación de competencias comunitarias de naturaleza política que tiene lugar a partir del Acta Única Europea en 1985 y, principalmente, a partir del Tratado de Maastricht. En ese sentido, la configuración de la UEM como unión monetaria sin unión fiscal, es una clave que debe tenerse en cuenta. Para Joerges (2005: 32), la necesidad de equilibrar la unión monetaria con los principios ordoliberales que inspiran esta distribución de funciones de naturaleza dual está en el centro de la motivación que el TCFA habría encontrado para endosar el Tratado de Maastricht mediante una suerte de compromiso implícito entre dichos principios, la integración europea y la legitimidad democrática de todo el proceso<sup>491</sup>,

Efectivamente, el *Bundesverfassungsgericht* consideró una obligación constitucional que el Parlamento Alemán retuviese las competencias esenciales. Dicho lo cual, el Tribunal da un giro de carácter estrictamente ordo-liberal a su argumento, al sostener que la integración económica ha de ser calificada como un fenómeno *no político* que sucede de forma autónoma, al margen de los Estados miembros. La única legitimidad que requiere la Unión Monetaria es una legitimidad funcional basada en el compromiso institucionalmente garantizado de la estabilidad de precios y las normas contra los déficit fiscales excesivos. Con un diseño institucional como éste, concluía el Tribunal, la integración económica no habría de ser cuestionada desde la perspectiva de la legitimidad democrática. Dicho de otro modo, Europa podría continuar siendo un «mercado sin Estado» mientras sus sub-unidades, una vez llamados *Herren der Verträge*, se verían degradados a ser «Estados sin mercados». (Joerges, 2005: 32)

De esta forma, se mantendría el equilibrio funcional-competitivo propiciando una configuración alemana de la política monetaria europea basada en el automatismo y la neutralidad funcional del BCE que como hemos visto en el capítulo anterior y veremos para concluir al final de este, se ha visto superada por los acontecimientos (la crisis del Euro).<sup>492</sup>

---

<sup>490</sup> La ausencia de armonización en determinadas materias.

<sup>491</sup> Por su parte De Grauwe señala que los criterios de convergencia de Maastricht fueron un constructo de inspiración alemana como sustitutivo a una unión fiscal que habría completado la unión monetaria. “The Maastricht convergence criteria were invented to solve a political problem, i.e. the reluctance of Germany to enter into a monetary union with countries that had history of high inflation and high government debts and deficits.” (De Grauwe, 2016: 155).

<sup>492</sup> El matiz que planteamos es que aunque la sentencia deposita la legitimidad democrática en el ámbito del Estado nación, como vimos en el capítulo anterior hace compatible tal residencia con la integración europea, sin cerrar pasos futuros del proceso de integración, por mucho que se refiera (o precisamente por ello) a un nuevo proceso constituyente en caso de que no quedasen competencias suficientes en el ámbito estatal alemán. En eso se diferenciaría de la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa. Podría decirse que si de un lado consigue cuadrar el círculo que la progresiva asunción de competencias por la UE hacía peligrar, de otro propicia una construcción encorsetada que dará problemas apenas una década después de la

Finalmente, cabe realizar un último comentario sobre el *principio de subsidiariedad*, que como principio dinámico de ordenación de la distribución de competencias es precisamente un principio funcional, que requiere una decisión política previa<sup>493</sup> por dos motivos: primero porque sólo se aplica a las competencias compartidas, quedando fuera de ámbitos donde resultaría necesaria una actuación de la UE para alcanzar algunos de los fines que al menos nominalmente vienen enunciados en su frontispicio (por ejemplo, el bienestar social). El segundo motivo por el que una decisión política previa es necesaria, se infiere de la lectura literal y en abstracto del principio de subsidiariedad. Si la competencia debe estar situada en el nivel más bajo compatible con la eficacia de la acción, acción que se presupone vinculada a algún objetivo de política pública, deberá fijarse este previamente, pues de lo contrario difícilmente podría analizarse en términos de eficacia la administración que debe resultar competente. Si el primer motivo resulta claro, por ejemplo, en materia fiscal (presupuestaria), tributaria (en especial en algunas figuras claves para el tránsito económico como el Impuesto de Sociedades) o laboral, el segundo es notoriamente visible en materia social (por poner un ejemplo, en el sistema de protección del desempleo):

En definitiva, esta lógica dual competitiva entre niveles puede explicar el hecho de que uno de los pilares de la articulación jurídica de la constitución económica de la nueva normatividad sea una norma de atribución de poderes de intervención que no solo los limita *per se*, sino que se resiste a la centralización de capacidades políticas en las instancias supranacionales<sup>494</sup>. En esa dirección, sobre la integración europea, apunta Buchanan,

The categorical difference between markets and political interaction...lies in the continuing presence of an effective exit option in market relationships and its absence in politics. (...) [EU] reform requires the establishment of a strong but limited central authority, empowered to enforce the openness of the economy, along with other minimal state functions. (...) the extension must be rigidly opposed.” (Buchanan, según Harmes, 2014: 153).

---

adopción de la moneda común. Bien es cierto, que de una forma u otra también reconoce que una mayor integración sería posible, por mucho que requiriese acuerdos políticos de carácter constituyente.

<sup>493</sup> Como ocurría con el principio de primacía en relación con la atribución, el principio de subsidiariedad (entre otros) es un principio que ordena la distribución de competencias/funciones e incluso permite, con las nuevas atribuciones a los parlamentos nacionales el control de la competencia cedida, pero no puede esperarse de él que aporte soluciones políticas. Dicho de otra forma, es una fórmula para la articulación de decisiones políticas previas sobre la atribución/distribución de funciones, pero no es en ningún caso una “regla de decisión compleja” (Véase Bayón, 2013: 57-99).

<sup>494</sup> Véase Röpke (1959). Sea cual sea la fórmula de esta centralización.

Se entiende así por qué desde una determinada perspectiva la unión monetaria concebida en Maastricht suponía una superación del modelo políticamente incongruente y económicamente cuestionable. A ello nos volveremos a referir para concluir este trabajo.

## b) Reordenación de la separación de poderes

Frente a una versión estática y compartimentalizada de la separación de poderes clásica en la que poder y función coinciden plenamente, viene imponiéndose en la doctrina y la práctica constitucional una versión dinámica fundamentada en tres pilares: un espacio de intercambiabilidad de funciones entre los poderes, una serie de resortes de control (*checks and balances*) y un equilibrio variable del conjunto del sistema que permite mantener vigente el principio.<sup>495</sup> Esta apertura de la clásica separación de poderes ha facilitado su desarrollo y adaptación a nuevas realidades sociales. Sin embargo, ha de tenerse presente que, como señalábamos en la primera parte, el concepto jurídico fundamental que subyace al principio de separación de poderes es el de *límite*, pero su establecimiento, la *delimitación*, es una acción típicamente política. Por eso, toda alteración de los equilibrios implícitos en el principio de separación de poderes ha de ser tratada con cautela en la medida en que puede implicar una renegociación o reordenación del poder<sup>496</sup>.

Con tal cautela, como segunda dinámica que afecta a la distribución de los poderes de intervención dentro de la constitución económica nos encontramos con un desapoderamiento del centro parlamentario del sistema representativo -entendido dentro de la democracia pluralista como el espacio del juego político y el compromiso- en beneficio de otros poderes, tanto dentro de la clásica separación, en particular del

---

<sup>495</sup> Esta es por ejemplo la interpretación de nuestro TC (por ejemplo, STC 166/1986, FJ 11º) y en semejante sentido, *mutatis mutandis*, se lleva a cabo la traslación de la separación de poderes al ámbito europeo mediante el llamado equilibrio institucional.

<sup>496</sup> Como señala Solanes Mullor (2016: 32), de las dos vertientes del constitucionalismo como limitación de poder y como constitución o articulación de poder o gobierno, la primera ha sido la razón de ser de la separación de poderes. No obstante, podría añadirse que siendo ello así, cuando se produce un desequilibrio en la clásica separación o se produce la restricción del conjunto de poderes, y en consecuencia de las capacidades de gobierno colectivo, entonces la cuestión de la separación de poderes se vuelve una cuestión clave en torno al elemento democrático. Aunque pueda resultar una verdad de perogrullo, la cuestión de la separación de poderes es una cuestión acerca de quién y cómo ejerce el poder.

ejecutivo, como fuera de ella, mediante la apertura de un cuarto poder técnico o tecnocrático.

Ese desplazamiento se produce al menos en un doble movimiento o con una doble inercia: (1) primero, destacamos una inercia en la que excepcionalidad y *realpolitik* van de la mano en detrimento del poder legislativo, como consecuencia de los equilibrios de poder entre Estados de la Unión y entre estos y las instituciones, a los que habría que sumar el contexto de la crisis financiera y de la zona euro; sería este un fenómeno no exclusivo, pero sí de marcada singularidad europea; (2) la segunda inercia, característica de la nueva normatividad que venimos recogiendo, consiste en la consolidación de la idea del Estado regulador a través de un ariete legal, la administración independiente, considerada no tanto como una forma instrumental de reducción de las disfunciones de la política partidista, sino simplemente como una cauterización de un espacio económico de decisión o, dicho de otra forma, como la operación de identificación de grandes zonas de la política económica como “apolíticas”. Aunque muy diferentes en cuanto a su origen, ambas inercias producen, a nuestro juicio, un desplazamiento desde el legislativo como poder representativo que encarna el espacio pluralista de confrontación y compromiso político, y convergen en un resultado lejano al ideal pluralista constitucional cuyo proyecto hemos resumido como el intento de racionalización del poder mediante el derecho democrático<sup>497</sup>. Veamos con cierto detenimiento ambas inercias o movimientos.

- Excepcionalidad y *realpolitik*: el desplazamiento hacia las instancias ejecutivas.

En primer lugar, frente a la clásica separación estatal de poderes y funciones a través de un sistema equilibrado de controles cuyo centro se sitúa en el Parlamento, como legislador e instancia de control del ejecutivo, creemos que en la metaconstitucionalidad europea se viene observando una dinámica de desplazamiento desde el Parlamento y su instrumento normativo característico, la ley, hacia las instancias ejecutivas.<sup>498</sup>

---

<sup>497</sup> Muy diferente tanto de la simple consagración del poder mediante el Derecho, como de la instauración de una racionalidad técnica apolítica.

<sup>498</sup> Tendríamos que avanzar aquí una paradoja: el desequilibrio de la relación legislativo-ejecutivo sale este con una victoria pírrica pues en el fondo no se está concediendo más poder a la política a través del ejecutivismo (la paradoja es que más Gobierno es menos gobierno) sino despolitizando la economía a través del eje técnico judicial; frente a la razón jurídicodemocrática se estaría imponiendo la razón técnico económica (apolítica). Tanto si se atribuye la decisión en un lógica de carácter schmittiano a una

Esta dinámica de desplazamiento del Parlamento (y la ley) como centro no es propia, singular del sistema institucional de la UE, ni siquiera de la metaconstitucionalidad de la que venimos hablando, sino que formaría parte de una larga historia que comenzaría en el S.XIX, se extendería durante las guerras mundiales y las crisis económicas y financieras del siglo XX y habría aumentado exponencialmente a partir de los años 70.

Traemos aquí a colación a Agamben (2004: 17), quien refiriéndose al Estado de excepción lo presenta como una “creación de la tradición democrático-absolutista”<sup>499</sup> que proviene de la necesidad de suspender la Constitución, el Derecho, para protegerlo si bien, como el propio Agamben sostiene con Friedrich (2004: 19), nada garantiza que la suspensión y los poderes de emergencia sean utilizados para ese fin. En general, en tal situación se produce “una extensión de los poderes del ejecutivo al ámbito del legislativo” (2004: 25). Como señala Agamben al repasar la historia de esta institución a lo largo del siglo XX, si su contexto propio es el de la revuelta y sobre todo la guerra, “después de finalizar las hostilidades es significativo que la excepcionalidad de la situación militar cediera ahora el puesto a la económica, con una asimilación implícita entre guerra y economía” (Agamben, 2004: 25). Ejemplos de ello serían la general aceptación de los plenos poderes del ejecutivo en materia financiera en la Francia de entreguerras (2004: 24), de manera que “hasta el final de la Tercera República los procedimientos normales de la democracia parlamentaria estuvieron en suspenso”. De manera similar puede aludirse a la asunción de poderes por parte del Presidente Roosevelt en el *New Deal* que “se llevó a cabo desde el punto de vista constitucional mediante la delegación al Presidente de un poder ilimitado de reglamentación y control sobre cualquier aspecto de la vida económica del país” (Agamben, 2004: 37).

Más allá de momentos excepcionales como el apuntado<sup>500</sup>, Sassen se refiere a esta situación como de nueva normalidad de manera que los poderes excepcionales tendrían

---

autoridad, como si se saca del ámbito de la política democrática un ámbito de actividad estamos alejándonos del constitucionalismo como proyecto de racionalización jurídica del poder.

Añadiríamos que como señala Menéndez (2014: 135) esta inercia hacia las instancias ejecutivas concentra poderes en instituciones de algunos Estados con mayor peso informal en el proceso decisorio, en particular de Alemania, lo que supone a nuestro juicio una vía de agua añadida en la juridificación democrática.

<sup>499</sup> Conviene recordar que la figura de los poderes excepcionales nace precisamente en el Estado constitucional (liberal democrático) y ante la tesitura de la defensa por medio de la suspensión del derecho ante un riesgo de destrucción, digamos, ante una situación de necesidad.

<sup>500</sup> Y en todo caso, al margen de las diferencias, previsión y desarrollo constitucional de la concreta figura del *estado de excepción*.

muy poco de excepcionales. Aunque no se trate de un fenómeno exclusivo del ámbito europeo, sí creemos que resulta favorecido por la lógica institucional de la integración europea –la preeminencia del ejecutivo en la dimensión exterior de los Estados, la función ejecutiva encarnada por la Comisión en el impulso ordinario de la UE, así como por el Consejo Europeo y el Consejo, en particular en materia económica. El desencadenamiento de la crisis habría consagrado este *desplazamiento* dentro de una lógica que combina excepcionalidad económica y *realpolitik*.

Veamos algunas formas a través de las cuales se produce el desplazamiento del legislativo y su instrumento característico, la ley como producto de la voluntad general, frente a los poderes ejecutivos (y su instrumento por antonomasia, la decisión, por mucho que esta se articule a través de distintos mecanismos de carácter general<sup>501</sup>).

(1) ¿Declive del método comunitario?

Desde el establecimiento en 1976 del sufragio universal para las elecciones al Parlamento Europeo<sup>502</sup>, las sucesivas reformas de los Tratados han supuesto una paulatina ampliación de sus competencias, o dicho de otra forma, de su participación en el proceso legislativo. Ello ha ocurrido tanto por el número de materias cuya competencia se atribuía al nivel europeo y cuya legislación se aprobaba según el método comunitario (primer pilar, según la clásica y ya desfasada distinción), como por el progresivo equilibrio entre el Parlamento y el Consejo, facilitado por el propio procedimiento legislativo y por el aumento de materias que, hasta llegar al actual sistema de ponderación, pasaron de la unanimidad a la mayoría cualificada. El vigente procedimiento legislativo ordinario supone en ese sentido la generalización del antiguo proceso de codecisión con una posición, si cabe, más nivelada entre el Parlamento y el Consejo. Estos cambios suponen, sin duda, un aumento del peso político del Parlamento en el nivel europeo como reflejo de una mayor democratización o, si se prefiere, como forma de atajar la sospecha de déficit democrático. Sin embargo, a nuestro juicio, este aumento del peso político es relativo.

---

<sup>501</sup> Y de distinto valor jurídico: tratados, memorandos, conclusiones generales, declaraciones, etc.

<sup>502</sup> Las primeras elecciones mediante sufragio universal fueron las de 1979. Véase, TRUYOL Y SERRA, A., *La integración Europea (I). Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 137 y ss.

Si pensamos en un mecanismo que refleja bien la pretensión constitucional de embridar el poder mediante el Derecho democrático, el llamado método comunitario parece responder bien sobre el papel, en tanto que no sólo hace necesaria la participación de “dos cámaras”, el Consejo y el Parlamento, sino en la medida en que la ponderación de votos en el primero de ellos y la legitimidad directa del segundo reducen las posibilidades de decisiones de *realpolitik*<sup>503</sup>. Así ocurre en el ámbito de la legislación financiera, a pesar de que el Consejo Europeo y la Comisión ocupan una posición de dirección política que no ha sido hasta ahora contrarrestada por el Parlamento. En todo caso, sin perjuicio del creciente peso del Parlamento dentro del proceso legislativo, debe tenerse en cuenta que precisamente viene vislumbrándose (1) un declive general del método comunitario en favor del método ejecutivo intergubernamental y (2) que esa ampliación del peso político del Parlamento no se predica de todos los ámbitos por igual<sup>504</sup>. Precisamente en aquellos ámbitos que más cerca se encuentran del núcleo tradicional de la soberanía, el método comunitario de decisión se encuentra en situación bastante más precaria. Es el caso de la UEM, donde destaca la preeminencia de las instancias ejecutivas y la existencia de métodos de decisión informales. El Consejo Europeo, el Consejo de la UE y la Comisión Europea siguen disponiendo del mayor peso y aunque el Parlamento ha aumentado sus funciones, especialmente los de control, su posición dista mucho de ser equiparable a la que asume dentro del método comunitario.

Esta dinámica genera una creciente dificultad para identificar quién en el proceso jurídico político de toma de decisiones tiene la responsabilidad de tales decisiones y, por tanto, debe rendir cuentas de su ejercicio conforme a los parámetros democráticos. A nuestro juicio, el caso paradigmático de esta tendencia de auténtica avocación extrajurídica de la toma de decisiones es el Consejo Europeo. Como señala Habermas,

El Consejo Europeo es un órgano directivo que determina las directrices de la política [y en ocasiones, también los detalles], pero que no tiene ni derecho legislativo, ni derecho directivo frente a la Comisión. Además existe un singular contraste entre el poder político concentrado en el Consejo Europeo y la falta de efectividad jurídica de sus decisiones. (...) Dotado con la fuerte legitimación de jefes de gobierno electos, ejerce

---

<sup>503</sup> O, al menos, de una *realpolitik* no negociada o juridificada.

<sup>504</sup> Señala Drezner (2007) que contra lo que buena parte de la doctrina apunta, prevalece el poder de los Estados en el ámbito internacional, no de todos, pero sí de las grandes potencias. En el seno de la UE esa dinámica se reproduce de distintas maneras, pero una creemos que es la sustitución del método comunitario por fórmulas directoriales (con Alemania a la cabeza). Lo que podría aceptarse para impulso político de vanguardia en la construcción europea resulta más difícil de aceptar en términos de gobierno democrático.

un poder extraterritorial considerable, aunque tenga que tomar decisiones de forma consensuada. (Habermas, 2012: 71)

A este *ejecutivismo* se refiere C. Franzius considerando que el Consejo Europeo “en cuanto órgano político rector no es muy diferente al rey del constitucionalismo temprano del siglo XIX”<sup>505</sup>.

En todo caso, el papel que el Tratado de Lisboa atribuye al Consejo Europeo al institucionalizarlo, y el desarrollo de la gestión de la crisis de deuda, en la que la *realpolitik* de los acreedores (“quien paga manda”), provoca, serias dudas sobre la legitimidad democrática de decisiones fundamentales. Es esta una situación que nos parece recurrente y que queda perfectamente resumida en las siguientes palabras de Habermas,

Mediante este camino de una dirección central por parte del Consejo Europeo, [podría trasladarse] los imperativos de los mercados a los presupuestos nacionales. De este modo, acuerdos tomados sin transparencia y carentes de forma jurídica tendrían que imponerse, con ayuda de amenazas de sanciones y presiones, a los parlamentos nacionales menguados en su poder. Los jefes de gobierno tergiversarían de esta forma el proyecto europeo hasta convertirlo en su contrario. La primera comunidad supranacional jurificada democráticamente se convertiría en un arreglo para el ejercicio del dominio burocrático-posdemocrático. (Habermas, 2012: 77)

Como decíamos, desde el comienzo de la crisis (desde luego también antes) podemos hallar casos de este proceder en cada nueva cumbre de Jefes de Estado o de Gobierno europeos<sup>506</sup>. Pondremos como ejemplo muy concreto y relevante de este fenómeno de avocación extrajurídica el Consejo Europeo de octubre de 2011<sup>507</sup> y, en particular, la Cumbre de la zona euro subsiguiente (26 de octubre), que acordó una serie de medidas de carácter temporal con el objetivo final de reforzar la posición de los bancos europeos

---

<sup>505</sup>La referencia a Franzius, C., debe entenderse a *Europaisches Verfassungsrechtsdenken*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2010.

<sup>506</sup> E incluso con fórmulas más informales como la Cumbre del EURO de 7 de mayo de 2010 o las meras conversaciones entre Jefes de Estado y de Gobierno. Un caso paradigmático es el que tuvo lugar en mayo de 2010 en plena crisis de deuda griega (durante, por cierto, la Presidencia española del Consejo). Una serie de conversaciones informales, unidas a la Cumbre del EURO de 7 de mayo y al ECOFIN de 8-9 de mayo dieron lugar a la presentación de un plan de ajuste fiscal por parte de los Gobiernos de España y Portugal. Este momento ha sido señalado con frecuencia como el del inicio de la crisis política o de representatividad.

Véase, por ejemplo, Romero, J.M., “La hora del sacrificio. Dos minutos que cambiaron a España”, *El País*, 16 de mayo de 2010. [http://elpais.com/diario/2010/05/16/domingo/1273981953\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2010/05/16/domingo/1273981953_850215.html)

<sup>507</sup> Conclusiones del Consejo Europeo de 23 de octubre de 2011 EUCO 52/1/11 REV 1 30 de noviembre de 2011 (01.12). Posteriormente el acuerdo fue recogido mediante una Recomendación de la EBA: <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/16460/EBA+BS+2011+173+Recommendation+FINAL.pdf/b533b82c-2621-42ff-b90e-96c081e1b598>



y poder así devolver la confianza a los mercados financieros. Conforme al citado acuerdo, se incrementaron de forma temporal las exigencias de capital de los bancos europeos más importantes para reforzar su solvencia, en especial, al objeto de cubrir la desconfianza en los mercados de deuda pública. El capital de las mayores entidades de crédito, entre ellas los cinco mayores grupos bancarios afectados, debería alcanzar el 9% de sus recursos propios, tras una serie de ajustes para valorar la deuda pública que poseían a precio de mercado. No sólo se aceptó la posibilidad dentro de una unión monetaria de la quiebra sin rescate de uno de sus Estados miembros (con las subsiguientes dudas sobre el conjunto de la unión monetaria), sino que en consecuencia se produjo la inmediata transmisión del riesgo-país a sus respectivas entidades, haciendo necesaria la elevación de su solvencia para garantizar su credibilidad internacional. Este ejemplo, resulta significativo de una práctica institucional que además de adolecer de vicios de inseguridad jurídica (las entidades afectadas tuvieron que provisionar miles de millones de la noche a la mañana), cristaliza la toma de decisiones en órganos que no las tienen jurídicamente atribuidas (el Consejo Europeo o la Cumbre del EURO<sup>508</sup>). Pero la cuestión no sólo resulta relevante desde la perspectiva de la legitimidad democrática de las decisiones, sino también de su eficacia, en tanto que el establecimiento de este marco de toma de decisiones ejecutivas y de excepción genera la necesidad de actuar por reacción inmediata a la evolución de los mercados y no dentro de una estrategia de dirección política de (cuando menos) corto o medio plazo, lo que desde el punto de vista de la eficacia económica puede ser ciertamente ruinoso<sup>509</sup>.

De Miguel (2011: 80) parece ir más lejos cuando señala que en la Unión Europea las decisiones referidas al gobierno económico (o gobernanza) se adoptan en un circuito

---

<sup>508</sup> Reunión informal al menos hasta su previsión en el art. 12 del TECG.

<sup>509</sup> La clásica falta de idoneidad de legislar en caliente. En esa clave puede leerse el contagio a las decisiones políticas, de los sentimientos de los mercados y, en concreto, el miedo a la ruptura de la zona euro como consecuencia de la ausencia de garantía implícita (el carácter incompleto de la unión monetaria). El fenómeno queda nítidamente descrito por De Grauwe en relación con el aumento de las primas de riesgo dentro de la zona euro y las subsiguientes medidas:

We can now give the following interpretation of how the spreads exerted their influence on policy-makers and led them to apply severe austerity measures. As the spreads increased due to market panics, these increases also gripped policy-makers. Panic in the financial markets led to panic in the world of policy-makers in Europe. As a result of this panic, rapid and intense austerity measures were imposed on countries experiencing these increases in spreads. The imposition of dramatic austerity measures was also forced by the fact that countries with high spreads were pushed into a liquidity crisis by the same market forces than produced the high spreads (De Grauwe 2011). This forced these countries to beg “hat in hand” for funding from the creditor countries. (2016: 116-117)

decisorio cerrado, con escasa participación del Parlamento Europeo y mediante una serie de fuentes del Derecho de escasa relevancia constitucional (recomendaciones, orientaciones generales, decisiones sin destinatario). Sin embargo, su capacidad disciplinante es muy poderosa, a través de diferentes instrumentos de control jurídico (es el caso del Pacto de Estabilidad y Crecimiento) de manera que, continúa: “los Estados [como el caso de España<sup>510</sup> o de Grecia] aparecen en el momento de la aplicación de las medidas, como meros ejecutores de programas socioeconómicos” (2011: 80).

## (2) Intergubernamentalidad

Esta dinámica intergubernamental o ejecutivismo se prolonga en la misma dirección mediante el creciente uso de instrumentos fuera de los Tratados para acordar la intervención de los Estados en determinadas materias, en particular, la fiscal y financiera<sup>511</sup>. Tres ejemplos de ello son el Tratado de Estabilidad Coordinación y Gobernanza, el Tratado MEDE o, en el Acuerdo sobre la transferencia y mutualización de las aportaciones al Fondo Único de Resolución<sup>512</sup>. Un cuarto ejemplo, *sui generis*, pero de peso singular es el de la asistencia financiera a los Estados miembros y la celebración de los llamados MOU o *Memorandums of Understanding*.

En el caso español, el Memorándum de Entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera<sup>513</sup> fue firmado, de una parte, por el Ministro español de Economía y Competitividad y por el Gobernador del Banco de España y, por la otra, por el Vicepresidente de la Comisión Europea, en julio de 2012; en virtud del mismo, se imponen una serie de condiciones de política sectorial financiera y otras de carácter económico transversal, bajo cumplimiento supervisado por la Comisión Europea, el BCE, la Autoridad Bancaria Europea y el FMI (capítulo VIII), a cambio del consiguiente apoyo financiero total de 100.000 miles de euros. Adicionalmente, el propio Memorándum, publicado en el Boletín Oficial del Estado casi seis meses

---

<sup>510</sup> El caso de los contactos informales y formales de mayo de 2010 en el que España aceptó una serie de reformas económicas y sociales ha sido interpretado como una quiebra de la soberanía de dudosa legitimidad democrática en tanto que sus contenidos no habían sido endosados electoralmente.

<sup>511</sup> En otros ámbitos, destaca por ejemplo el Tratado de Prüm, en relación con la cooperación transfronteriza en materia de seguridad. Véase al respecto Martínez Capdevila, C., “¿Son los acuerdos inter se una alternativa a la cooperación reforzada en la UE?. Reflexiones al hilo del Tratado de Prüm.”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Nº. 40, 2011, págs. 419-439.

<sup>512</sup> <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8457-2014-INIT/es/pdf>

<sup>513</sup> BOE núm. 296 de 10 de diciembre de 2012.

después de su firma (10 de diciembre de 2012), señala que “por lo que respecta al pleno cumplimiento del presente ME, se tendrán en cuenta todas las demás consideraciones contenidas en la declaración de la Cumbre de la Eurozona celebrada el 29 de junio de 2012”. Más allá de su especial valor de ejemplo dentro de este apartado, no podemos sino poner de manifiesto la naturaleza jurídica *sui generis* de este instrumento dentro del ordenamiento vigente, naturaleza que no ha impedido su presencia como guía de la política económica española de los últimos años y sus efectos, que han llegado hasta el propio sistema de distribución constitucional de competencias<sup>514</sup> (de forma nada anecdótica, en tanto que es al nivel autonómico al que le corresponde en mayor medida la política social).<sup>515</sup>

Aún nos referiremos a dos cuestiones más dentro de esta dinámica: la incidencia del *soft law* y el peso del ejecutivo en la propia dinámica legislativa nacional y europea.

### (3) Soft law<sup>516</sup>

En cuanto al *soft law*, ya nos hemos referido a él anteriormente, al hablar de la articulación jurídica internacional de la nueva normatividad. Constituye una forma de debilitamiento del legislativo como centro del sistema político representativo en la medida en que traslada decisiones que normalmente poseerían naturaleza legislativa a espacios privados de autorregulación. En ese sentido, si una de las principales virtudes que sus defensores le atribuyen es la flexibilidad, uno de los principales defectos que sus detractores afirman es la falta de *accountability* o responsabilidad sobre quien toma la decisión. La rendición de cuentas es un principio consustancial al constitucionalismo de base representativa, aunque también a los modelos basados en la racionalidad y

---

<sup>514</sup> Como veremos después en relación con la STC 93/2015.

<sup>515</sup> En ese sentido, parece que como señala De Miguel (2011: 81) mientras que “la dimensión disciplinante de la dirección macroeconómica cuenta con un utillaje de lo más variado, los instrumentos de gobierno que deberían permitir alcanzar los objetivos de las orientaciones de política económica a través de la fiscalidad, el sector público o el endeudamiento, son débiles, cuando no inexistentes a nivel europeo”.

<sup>516</sup> Otra dinámica es la del Método Abierto de coordinación (MAC) a la que se refiere el propio De Miguel (2011) y Joerges (2005: 46) quien señala que se trata de “un modelo de gobierno que puede considerarse flexible porque no descansa en disposiciones vinculantes. Pero por esta misma razón es fuerte porque amenaza con reforzar los poderes del ejecutivo y eliminar las virtudes de la atribución de responsabilidad y su rendición de cuentas democrática, o en otras palabras, de la forma de gobierno pública basada en normas vinculantes y su control judicial. ¿Debemos promover, tomándonos tan a la ligera el estado de derecho, la gobernanza ejecutiva en lugar de la poliarquía deliberativa?” (Joerges, 2005: 46). Bien es cierto, como señala Joerges más adelante que, a diferencia del MAC, el *soft law* al menos no se aleja completamente del Derecho.

eficiencia económica. Un ejemplo de esto es el amplio margen de apreciación que sigue existiendo en cuanto a la aplicación de las reglas fiscales, a pesar de que precisamente en este ámbito la tendencia es hacia su legalización (hacia el *hard law*) y sin perjuicio de la necesidad de un margen a la hora de tomar decisiones de alto contenido político como aquellas que comportan la sanción a Estados miembros de la Unión<sup>517</sup>.

Finalmente, en cuanto a las dinámicas legislativas europea y nacional la situación es a nuestro juicio diferente entre ambas, al menos en el caso español.

#### (4) Procesos legislativos

Como hemos señalado, el proceso legislativo ordinario europeo es el marco en el que el Parlamento europeo ha asumido mayor capacidad tras el Tratado de Lisboa<sup>518</sup>. Sin detenernos en un análisis más pormenorizado, que no sería ni posible, ni deseable en tanto que nos distraería de nuestro camino, es preciso recordar algunas singularidades en comparación con los sistemas constitucionales de los Estados miembros. Nos referimos, en particular, al monopolio de la iniciativa de la Comisión que implica la posibilidad de retirada de un proyecto, monopolio que trae causa de aquella racionalidad técnica del modelo dual de funciones y que aunque haya sido matizado en Lisboa<sup>519</sup>, sigue marcando la pauta del proceso legislativo ordinario.<sup>520</sup>

---

<sup>517</sup> En tal sentido, la existencia de reglas fiscales dentro de la unión monetaria y el hecho de que tales normas estén juridificadas como forma de reforzar su credibilidad, no tiene por qué estar reñida con la inclusión dentro de esas reglas de mecanismos -también legales- de flexibilidad. Creemos que en ocasiones se produce una confusión entre norma jurídica y rigidez que no obedece a las múltiples posibilidades que ofrece la legislación. Esta confusión puede resultar más o menos deliberada en la medida en que el procedimiento deliberativo de conformación del Derecho democrático se vea sustituido por otros cauces. Véase Laporta (2007: 263 y ss.).

Al respecto véase Terpan, F., “Soft Law in the European Union—The Changing Nature of EU Law”, *European Law Journal*, vol. 21, nº 1, enero 2015, pp. 68-96.

<sup>518</sup> Artículo 294 TFUE.

<sup>519</sup> Conforme al art. 225 TFUE “Por decisión de la mayoría de los miembros que lo componen, el Parlamento Europeo podrá solicitar a la Comisión que presente las propuestas oportunas sobre cualquier asunto que a juicio de aquél requiera la elaboración de un acto de la Unión para la aplicación de los Tratados. Si la Comisión no presenta propuesta alguna, comunicará las razones al Parlamento Europeo”. Nótese el progreso, pero al mismo tiempo la ausencia de equiparación entre ejecutivo y legislativo en cuanto a la iniciativa legislativa, igualdad de armas característica de los sistemas constitucionales estatales (véase, por ejemplo, el art. 87.1 CE).

<sup>520</sup> Cuestión adicional que conviene apuntar aquí, aunque no tenga que ver directamente con el proceso legislativo, es la composición de la Comisión, anómala a nuestro juicio si se la pretende equiparar con un Gobierno estatal, tanto por la necesidad de composición por un nacional de cada Estado (también con los matices de las reglas de Lisboa), como especialmente por la composición pluripartidista que más allá de la posibilidad de coaliciones variables –como ocurre en muchos Estados miembros- refleja la norma de la

Un segundo elemento singular del proceso legislativo ordinario europeo al que no podemos dejar de referirnos atañe al control<sup>521</sup> de la manifestación de la voluntad del Estado en el seno del Consejo, control que en el caso español puede resultar insuficiente, tanto en lo que atañe *stricto sensu* a las Cortes Generales –que no en vano son las delegantes del poder legislativo al ámbito UE y que se limitan a ejercer un control general en la Comisión mixta de Asuntos relacionados con la UE<sup>522</sup>–, como en lo relativo al ejercicio de competencias de titularidad autonómica<sup>523</sup>, ya que difícilmente se salva la inercia hacia la recentralización de competencias mediante la presencia de representantes en las reuniones más técnicas. En ese sentido, la participación española en el Consejo, en tanto que institución colegisladora europea, resulta más asimilable a la de un Estado unitario y al desempeño de la política exterior tradicionalmente atribuidos al Gobierno, que a la que correspondería a un Estado compuesto sobre ámbitos de decisión en materias de política interna, como resulta ser el caso de la mayoría de asuntos europeos (como señala Haberle, la política europea es política doméstica).

Precisamente, este proceso, propio de la metaconstitucionalidad europea (es decir, no sólo visible en el nivel europeo), encontraría su corolario en el terreno nacional, transmitiéndose y reproduciéndose a su nivel esta inercia de excepcionalidad y desplazamiento del espacio parlamentario. De manera no exhaustiva y de forma

---

no alternancia, tan extraña, a nuestro juicio, al sistema democrático, como la ausencia de alternativas políticas en confrontación.

<sup>521</sup> El protocolo sobre el principio de subsidiariedad supone un aumento de las posibilidades de control, no tanto de las decisiones que toman los representantes ministeriales del Estado en el seno del Consejo, como del respeto del conjunto del proceso legislativo a los principios reguladores de la atribución de competencias.

<sup>522</sup> Parece que un control más técnico, sistemático y de detalle sería necesario; un verdadero ejercicio de la capacidad legislativa del Estado a través del Consejo. Tanto en este asunto como en el de las competencias autonómicas encontramos funciones potenciales para un Senado reforzado como cámara de encaje multinivel o territorial no sólo *ad intra* sino también *ad extra* (si es que puede aludirse así, 'ad extra', al ámbito europeo, ya claramente doméstico).

<sup>523</sup> La suma de procesos legislativos europeo y nacional y en general la dinámica que venimos analizando ofrece dudas adicionales sobre la centralización o postergación de la distribución territorial del poder en el seno de los Estados, especialmente visible en algunos Estados altamente descentralizados como España (frente el Parlamento y a las entidades regionales, como por ejemplo, en el caso de España, el desplazamiento de las CC.AA. en los mecanismos previstos en el reformado art. del 135 CE o, por poner otro ejemplo, en la STC 93/2015 de 14 de mayo, que estudiaremos con cierto detenimiento). Véase, por ejemplo, MEDINA GUERRERO, M., "La constitucionalización de la regla del equilibrio presupuestario: integración europea, centralización estatal", *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Núm. 165, Madrid, julio-septiembre (2014), págs. 189-210.

desigual en función de los sistemas y procesos en cada Estado<sup>524</sup>, la observamos al menos a través de dos cauces: (1) la proliferación de la legislación de excepción (decretos ley) en materia económica; (2) el desarrollo del proceso legislativo, especialmente en el proceso de incorporación del Derecho UE.

*Proceso legislativo general.* No nos podemos detener en esta cuestión que trasciende notablemente nuestro ámbito de estudio, pero sí parece necesario señalar la preponderancia del ejecutivo frente al legislativo no ya en los asuntos de competencia de aquel, lo que sería lógico más allá de su oportuno control, sino en los asuntos legislativos propiamente dichos. Ya señalamos al principio que la concepción predominante de la separación de poderes no es estática o compartimentalizada, sino dinámica, en tanto que apunta a la intercambiabilidad de funciones. En ese sentido, junto con la potestad reglamentaria, el Gobierno dispone de facultades normativas con rango de ley en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad, sin perjuicio de que los reales decretos ley requieran su posterior convalidación. Asimismo dispone de una especial participación en el proceso legislativo de la que destacamos sólo dos mecanismos: (1) el desequilibrio de medios existente entre las Cortes Generales<sup>525</sup> y una Administración al servicio técnico del Gobierno, que resulta notable en toda la tramitación previa (iniciativa sin monopolio) a la fase parlamentaria del procedimiento legislativo. Este desequilibrio es especialmente notorio en la incorporación de Derecho europeo, previamente negociado por expertos técnicos de la administración en los grupos de trabajo del Consejo y aprobado por los propios ministros del ramo; (2) el poder de veto del Gobierno sobre proyectos legislativos que supongan aumento de gasto o disminución de ingresos, poder que se ejerce indisimuladamente de forma abusiva y más allá del objeto de tal previsión constitucional.

*Legislación de excepción.* Una manifestación concreta del ejecutivismo dentro de la dinámica legislativa es la proliferación de decretos ley, especialmente en el ámbito económico y financiero. Se refiere Agamben (2004: 30) a los “decretos

---

<sup>524</sup> Precisamente el fenómeno resulta mucho más matizado cuando no inverso en los Estados que marcan la inercia de las decisiones económicas europeas y en particular Alemania, donde como hemos visto en el capítulo anterior el poder del Bundestag es continuamente reivindicado por el TCFA en cuanto al ejercicio de competencias de peso político sustancial y en lo relativo al control de la integración europea, incluyendo la interdicción de todo automatismo con efectos soberanos (fiscales).

<sup>525</sup> Frente al refuerzo producido, por ejemplo en EE.UU. Habermas (2010) apunta la necesidad no sólo de mayor poder y control legislativo, sino de mayor calidad en el proceso deliberativo que debiera tener en el legislativo su espacio central (aunque no único).

gubernamentales de urgencia” (decretos leyes). Señala que se puede decir que –en la historia del derecho de excepción, nacido de la necesidad según la concepción de Santi Romano- Italia ha funcionado como un auténtico laberinto político jurídico, en el que se ha ido organizando el proceso –presente también, en diversa medida en otros Estados europeos- por medio del cual el decreto ley “de instrumento derogatorio y excepcional de producción normativa ha pasado a ser una fuente ordinaria de producción del derecho” elaborándose “uno de los paradigmas esenciales mediante el cual la democracia se transforma de parlamentaria en gubernamental”.<sup>526</sup>

En España durante la IX y X legislaturas (2008-2011 y 2012-2015) se han aprobado 133 decretos ley, número que en términos cuantitativos y cualitativos compite con el de la ley<sup>527</sup>. La libre apreciación por el ejecutivo del presupuesto de hecho habilitante, la extraordinaria y urgente necesidad, unida a las débiles exigencias de motivación y al aún más débil ejercicio del control político parlamentario y jurídico constitucional, parecen haber facilitado la instalación en una zona de confort del derecho de excepción.

- El desplazamiento hacia instancias judiciales

Junto con el desplazamiento del espacio del legislativo hacia instancias con poderes ejecutivos, puede observarse un desplazamiento desde el espacio de ambos, como clásicos exponentes de la legitimidad democrática más o menos directa, hacia el poder judicial (o en sentido más propio hacia los órganos de naturaleza jurisdiccional integrantes tanto de la justicia ordinaria como de la constitucional). Es esta una cuestión de larga discusión en la teoría constitucional, especialmente en relación con la justicia constitucional y sus diferentes modelos, que aquí no podemos dirimir<sup>528</sup>, más allá de constatar una cierta inercia según la cual el judicial en sus distintas encarnaciones (ordinario, constitucional difuso y concentrado) aparecería como elemento de cierre del reequilibrio en la separación de poderes que estamos tratando. Dos cauces avalan esta

---

<sup>526</sup> Después de repasar la evolución constitucional de la previsión del decreto ley (similar a la de nuestro art. 86 CE o este similar a aquel, si se prefiere), afirma Agamben (2004: 32) de forma vehemente: “La República no es ya parlamentaria, sino gubernamental. Y es significativo que una transformación similar del aparato constitucional, que se está produciendo hoy en una u otra medida en todas las democracias occidentales, está pasando por completo inadvertida para los ciudadanos, aunque sea perfectamente conocida por juristas y los políticos”, y concluye afirmando que ello supone una pérdida del canon de esas democracias occidentales.

<sup>527</sup> Frente a 310 leyes como suma de ambas legislaturas (de las cuales, ordinarias 243 y orgánicas 67).

<sup>528</sup> Constituiría objeto de otra tesis, pero no podemos dejar de señalar la dinámica.

idea: (1) el control judicial de las decisiones de la administración económica independiente; y, (2) el creciente papel de la justicia constitucional, tanto en los Estados, como en el conjunto europeo de manera difusa a través de la progresiva configuración de una suerte de *judicial review* integrado.

Después nos referiremos a los problemas de *control judicial ordinario* que suscita la actuación *técnica* de la administración independiente, problemas que se sitúan entre la falta de idoneidad que desde el punto de vista de la legitimidad democrática supone el traslado de decisiones a los órganos judiciales (que puede suponer en el fondo una creación de Derecho) y, en el otro extremo, la laxitud del control y, en particular, el riesgo de una deferencia no ordenada o confirmación judicial casi sistemática, de las decisiones tomadas por el eje técnico ejecutivo, confirmación que en parte se basaría en la dificultad de control de las facultades de apreciación técnica.

En cuanto al *control de constitucionalidad*, como señala Habermas (2010: 312) “la crítica de la jurisdicción y la jurisprudencia constitucional (...) es siempre una disputa en torno al principio de la división de poderes”. Añadiríamos que, a priori, parece que esos problemas se centrarían en el desplazamiento del centro de gravedad del sistema desde el legislativo al TC en la función más problemática (Habermas, 2010: 313) que este posee, el control de constitucionalidad de las leyes, vinculada precisamente a la histórica ampliación cuantitativa del Estado desde el parco Estado liberal. En cualquier caso, parece irrefutable la consolidación de la justicia constitucional y su creciente papel tanto en términos cualitativos como cuantitativos –salvo Reino Unido, Holanda e Islandia todos los Estados europeos tienen sistemas de justicia constitucional<sup>529</sup>. Un segundo elemento al que Habermas (2010: 326 y ss.) también alude –refiriéndose al TCA- es la asunción dentro de la práctica de la justicia constitucional de la “teoría de los valores”, que abriría de par en par la puerta al papel creador del Derecho y en consecuencia supondría una alteración sustancial de la lógica inherente al principio de separación de poderes conforme a la cual tal creación configura el espacio propio de actuación del legislador.<sup>530</sup> La suma de ambas cuestiones hace pensar en un

---

<sup>529</sup> Blanco Valdés, 2010: 297.

<sup>530</sup> Algo que puede no resultar irrelevante, ni en relación con el proceso de integración europea (a la vista de las concepciones de la soberanía y de la identidad constitucional a las que antes hemos aludido en el capítulo IV), ni en relación con las concepciones materiales de constitución económica, ya sean estas los presupuestos teóricos del ordoliberalismo o las materializaciones de valores propias del Estado social.



desequilibrio o inercia, que se vería propulsada por un déficit de protección del procedimiento legislativo<sup>531</sup> como proceso democrático de configuración de la voluntad general que según Habermas, serviría no tanto para salvaguardar derechos, como para permitir mediante el compromiso parlamentario la integración social entendida como ejercicio conjunto de la libertad positiva, aquella libertad para fines de la que hablábamos en la segunda parte.<sup>532</sup>

En definitiva, la cuestión que se plantea es si determinadas decisiones de política legislativa o incluso más relevantes cuestiones irresueltas de carácter político general<sup>533</sup>, no se están trasladando a los órganos de naturaleza jurisdiccional<sup>534</sup>, mientras que otras cuestiones políticas, en especial de carácter económico, acaban cauterizadas mediante

---

<sup>531</sup> A diferencia de lo que según Habermas habría ocurrido en EE.UU. (2010: 359 y ss.)

<sup>532</sup> Un ejemplo que recoge varios de los elementos de la ocupación del espacio del legislativo que estamos viendo es el de la Sentencia 93/2015, de 14 de mayo de 2015, del Tribunal Constitucional, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos del Decreto-ley de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-6831](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-6831)

De especial interés resulta la lectura de los votos particulares. El problema que suscita la sentencia es a nuestro juicio triple. Primero en tanto que la lectura que el tribunal lleva a cabo de las competencias estatales sobre las bases y ordenación de la política económica, en relación con la pertenencia de España a la UEM, conducen a un desplazamiento de la competencia autonómica, en particular en materia social, que quedaría supeditada a las circunstancias económicas apreciadas por el Estado, y más concretamente por el Gobierno de la nación. Una suerte de suspensión de ciertos ámbitos del Estado autonómico que creemos difícilmente justificable en tanto que tal relación no se encuentra a nuestro juicio dentro del reparto constitucional de competencias (aunque tal vez sí en el contenido del art. 135 CE que en todo caso creemos que debe ser leído de manera sistemática con el resto del texto constitucional en que se integra). El efecto de la lectura que el TC lleva a cabo no sólo afecta, a nuestro juicio, al Estado Autonómico, sino a los propios contenidos del Estado social de Derecho en la medida en que buena parte de las competencias en materia social han sido asumidas por las Comunidades Autónomas. Segundo, precisamente, porque como señala uno de los votos particulares, se convierte al MOU –que no es un tratado, sino un instrumento internacional *sui generis*, endosado por el Ministro de Economía y Competitividad y el Gobernador del Banco de España -, por la vía de las competencias de dirección de la política económica (ejecutivas, ministeriales y del BDE), en parte integrante del bloque de constitucionalidad y en consecuencia, en parámetro de enjuiciamiento para el propio TC (lo que supone además un desplazamiento del legislativo –aunque sea el autonómico- al ejecutivo). Tercero, porque todo lo anterior se produce como consecuencia de una confirmación de decisiones gubernamentales sustentadas en informes plagados de argumentos generales que no pueden tenerse por juicios suficientes de proporcionalidad, es decir, informes escasamente motivados y en consecuencia difícilmente controlables en cuanto al razonamiento que sustenta la decisión. Dicho de otra forma, como veremos después en relación con el control judicial de las decisiones de la administración independiente, puede aceptarse que la discrecionalidad del ejecutivo en materia financiera quede justificada por el carácter técnico y por la apreciación política de las circunstancias, a condición de que tal presunción sea *iuris tantum*, es decir, que acepte prueba en contrario, lo que a nuestro juicio será prácticamente imposible si la motivación no incluye un juicio suficientemente detallado de proporcionalidad.

<sup>533</sup> Lo que entraría en relación con la cuestión sobre el diálogo judicial al que nos referíamos en la primera parte para dirimir cuestiones fundamentales sobre la integración europea, pero también con la pretensión de hacer residir íntegramente en la justicia constitucional problemas de naturaleza política, por mucho que sea necesaria su articulación jurídica compatible con el texto constitucional.

<sup>534</sup> Sobre los excesos y defectos de los máximos órganos judiciales y los efectos en su propia autoridad en el equilibrio de poderes – en particular sobre el caso *Little Rock* (Brown v. Board of Education of Topeka 347 U.S. 483 (1954)-, véase Arendt, H. *Responsabilidad y Juicio*, Paidós, Madrid, 2007.

su ubicación en el espacio técnico de una administración independiente cuyas decisiones son endosadas (aunque tampoco deberían ser sustituidas) por los correspondientes órganos judiciales. Nos referiremos a esta cuestión a continuación, de manera separada y con detalle, hasta el final de este trabajo, en tanto que constituye a nuestro juicio el mecanismo o dispositivo principal de limitación de gobierno e instauración de la nueva normatividad.

#### 5.1.3.3 La constitución económica (III): ¿Un cuarto poder, técnico?

Junto con el desplazamiento a instancias ejecutivas y judiciales, la reordenación de la separación de poderes se produce a partir de la aparición de lo que para algunos autores es un verdadero cuarto poder, técnico, y para otros simplemente una reorganización de algunas de las funciones del ejecutivo y el legislativo dentro de los poderes de intervención del Estado regulador (Solanes Mullor, 2016: 43-44). Como veremos a continuación es este un fenómeno de inspiración norteamericana que encuentra un modelo propio dentro de la integración europea, tanto en su recepción a nivel estatal como en el nivel comunitario. Se plasma principalmente en la llamada administración independiente, que encuentra natural acomodo en el ámbito de los llamados sectores regulados<sup>535</sup>, previamente liberalizados (energía, telecomunicaciones, transportes, etc.), donde se desarrolla su función de aseguramiento de la competencia y regulación de los fallos del mercado. Sin embargo, se extiende por todo el espacio económico, con especial relevancia y particularidades en el financiero. La elevación del BCE a rango de “institución” en el Tratado de Lisboa y la reciente asunción de funciones de supervisión y resolución dentro de la Unión Bancaria, pueden verse como la quintaesencia en el ámbito financiero de esta dinámica de desplazamiento del poder hacia ámbitos técnicos que en la última década ha trascendido el ámbito nacional, donde ya se encontraba fuertemente implantada en algunos bancos centrales nacionales (por ejemplo, el Bundesbank) y supervisores financieros, para instalarse con fuerte presencia en el europeo.

---

<sup>535</sup> Entre una multiplicidad de sectores, dentro del ámbito económico destacamos cuatro grandes tipos de autoridades: (1) las típicamente asociadas a la defensa de la competencia y la regulación de sectores liberalizados; (2) la política monetaria y la independencia de los bancos centrales; (3) la más reciente fiscal (procedente de las nuevas reglas fiscales; en España, la AIREF); (4) los supervisores financieros a los que nos referiremos más detenidamente. En tal sentido vamos a ocuparnos de algunas cuestiones problemáticas generales y de su concreción a través del estudio de la actuación supervisora en el ámbito financiero y de los bancos centrales.

De entre las distintas dinámicas que estamos analizando, tal vez sea la aparición de instancias administrativas de naturaleza técnica y en particular la administración independiente propia del Estado regulador, la que más importancia posee, y ello en tanto que cabe plantearse si no se produce una desnaturalización de la separación de poderes clásica –por muy dinámica o abierta que sea la perspectiva sobre tal principio y las interrelaciones entre poderes- y si además no se estará esterilizando un amplio espacio político económico en nombre de la objetividad técnica. Nos referiremos primero a los (1) *rasgos generales* de esta dinámica para centrarnos, en segundo lugar, en (2) tres grandes *problemas* característicos de las administraciones independientes, en especial de las financieras: su encaje constitucional, los mecanismos de su control (reequilibrio) y su potestad normativa.

a) Evolución y rasgos generales. EE.UU y Europa.

Como señala Solanes Mullor (2016: 43), en referencia a la importancia de la administración independiente en EE.UU. del *New Deal* esta “se perfiló como la fórmula institucional adecuada para superar los problemas de los tres poderes clásicos y, de ese modo, afrontar las nuevas tareas del Estado” configurando una “administración pública de carácter técnico” alejada de la política partidista. Se trataba prácticamente de la aparición de un cuarto poder,

La concentración en una sola institución de los tres poderes clásicos se justificó en la necesidad de adaptarse rápidamente a los cambios y en la flexibilidad que la regulación de los mercados requería. En pocas palabras, la administración independiente debía tener la facultad de adaptar las normas del poder legislativo con prontitud a través de la función normativa propia, ejecutar esas normas mediante actos y resoluciones administrativas y resolver los conflictos entre particulares con base en ellos, ya sea a través de la función de arbitraje o de una intermediación obligatoria judicial o cuasi judicial (Solanes Mullor, 2016: 44)

Cabe resaltar que la importancia de la tecnocracia en este momento del *New Deal* y su preservación de los hábitos de la política partidista no llevaba aparejada la negación de la naturaleza política de los ámbitos afectados, ni de las propias instituciones independientes,

Martin Saphiro ha resaltado que en estos momentos la concepción tecnocrática de la administración pública estuvo en su momento más álgido en EE.UU. Sin embargo, nunca se dio el paso de negar el carácter político de la toma de decisiones de las administraciones independientes. Los ideólogos del *New Deal* defendieron la presencia de los conocimientos técnicos en la toma de decisiones del Estado regulador y la

administración independiente era la mejor solución para asegurarla. En ningún caso se equiparó, sin embargo, tecnocracia con neutralidad política. Todo lo contrario, se asignaron a las nuevas administraciones independientes tanto objetivos como la gestión de numerosos programas y acciones sociales de carácter redistributivo. (...) En ningún caso se negó el carácter político de la toma de decisiones de la administración independiente, cuya configuración institucional únicamente garantizaba la pluralidad política y la inclusión de conocimientos técnicos a través de la formación y experiencia de sus dirigentes y, sobre todo, del personal técnico a su servicio. (Solanes Mullor, 2016: 46)

En definitiva, señala Solanes que de esta manera se produjo un reequilibrio en la clásica separación de poderes a través de una lectura basada en la existencia de funciones y equilibrios (*checks and balances*), y no de una formalización extrema de los distintos poderes,

En resumen, los progresistas norteamericanos primero y los reformadores del New Deal después, tomaron la versión funcional del principio de separación de poderes y llevaron a cabo una reasignación de funciones con una apuesta decidida por una nueva fórmula institucional: la administración independiente. El nuevo contexto histórico exigía una mayor intervención de los poderes públicos y se creyó que la mejor manera de hacer frente a esta nueva realidad era apostar por la administración independiente. De este modo, los tres poderes clásicos perdieron funciones y prerrogativas. (Solanes Mullor, 2016: 47)

Recogemos el concepto en su cuna norteamericana para observar bien el contraste que se aprecia con el caso europeo en el que tanto el llamado Estado regulador (frente al Estado intervencionista keynesiano de posguerra), como su manifestación jurídica, la administración independiente, obedecen a contextos y valores muy diferentes. Si el empuje del Estado regulador y de su instrumento institucional, las administraciones independientes, se produce en torno al *New Deal*, fue por otras razones a las que motivarían su progresiva implantación en Europa<sup>536</sup>,

Fue una reacción a una crisis de confianza en el mercado como mecanismo adecuado de asignación de recursos, un intento de aumentar los poderes del Estado en el control del mismo, así como de encontrar mecanismos alternativos al mercado y relanzar la política, la planificación gubernamental y la intervención social de los poderes públicos. El Estado regulador de los años del *New Deal* estuvo acompañado de una fuerte carga política, persiguió cambiar la realidad económica y social y creyó en la redistribución de la riqueza como función esencial del Estado.

---

<sup>536</sup>En el ámbito UE se habría adoptado un sistema de amalgama entre las características de los reguladores según el sistema iniciado en EE.UU. y la tradición de origen alemán más centrada en la proporcionalidad. Tal modelo, al que nos hemos referido implícitamente en el capítulo IV al desmenuzar la jurisprudencia del BCE. En el mismo sentido se pronuncia Montero Pascual,

“Una adecuada construcción del régimen de garantías de la actividad administrativa de regulación pasa por la incorporación de las garantías institucionales y procedimentales de origen norteamericano, reforzadas por la aplicación del juicio de proporcionalidad, de construcción alemana e integrado al Derecho comunitario [art. 106.2 TFUE], juicio del que parte el posterior control jurisdiccional”. (Montero Pascual, 2016: 47)

En contraposición, (...) los defensores del Estado regulador en Europa añadieron un componente de neutralidad y apoliticidad basado en la ciencia y en la técnica. (...) La aportación más original (y nada menor) de los defensores del Estado regulador en Europa respecto a la forma que adopta este en EE.UU. radica en la defensa de un fuerte componente crítico con la democracia y la política. (...) Estados Unidos ha oscilado entre una fuerte creencia en la tecnocracia y en la necesidad de acabar con el partidismo –época del New Deal- y una crisis de la misma a partir de la década de los sesenta, pero en ningún caso se ha negado la naturaleza política del Estado regulador, más allá del intento de acabar con las luchas partidistas que supone la apuesta de la administración independiente. (Solanes Mullor, 2016: 86-87)

Si en EE.UU. supuso un aumento de la intervención del Estado a través de una administración en la que criterios técnicos objetivables dominaban a criterios subjetivos partidistas sin que ello conllevara el cierre de un espacio apolítico, en Europa el cambio de paradigma fue muy diferente. Desde las instituciones pluralistas encargadas de gestionar y decidir políticamente sobre la política económica del Estado de Bienestar se pasó a un diseño de la política económica en la que sólo los elementos redistributivos eran objeto de la política, aunque siempre con carácter secundario al funcionamiento del mercado (lo privativo). El protagonismo concedido al Estado se limitaba a una intervención pública necesaria, la ordenación de algunos mercados y sus fallos, así como la garantía de competencia, pero estas eran cuestiones que no sólo no debían estar sujetas al partidismo, sino tampoco a la política,

La corrección de los fallos de mercado como principal función de los poderes públicos no se concibe como una tarea redistributiva de la riqueza entendida como la transferencia de recursos de un grupo social a otro. El mercado, como se ha apuntado, es una herramienta eficiente de organización de la economía y es el encargado de asignar los recursos. Cuando se desvía de este camino de la eficiencia la intervención del Estado está justificada, pero nada más. [Pareto-eficiencia] (Solanes Mullor, 2016: 79-80).

En definitiva, el cambio de paradigma se produce hacia una nueva normatividad global en la que la intervención del Estado, como parte de la atribución de poderes de la constitución económica, queda fuertemente reducida, o, dicho de otra forma, la demarcación de los límites se ve alterada en beneficio de la libre actuación del mercado. Como decíamos en otro lugar, el Estado organiza así su propia retirada,

Es importante resaltar que el Estado regulador constituye un cambio de paradigma en la gestión del poder público en el que la democracia –en el sentido electoral- y la política pierden protagonismo en favor de la tecnocracia. Este cambio de paradigma no es neutral, entraña una apuesta ideológica que realza otros valores diferentes a los existentes hasta ese momento, y en ningún caso estos nuevos valores son en sí mismos neutrales. En Europa, a diferencia de Estados Unidos donde el aparato administrativo no estaba tan desarrollado con el advenimiento del Estado regulador a principios del siglo XX, este cambio de paradigma significa, desde el punto de vista de un Estado

keynesiano, un retroceso en el papel del Estado en la gestión de la economía y de la vida pública. En pocas palabras, se abandona una manera de concebir el Estado y se alumbra una nueva con nuevos valores, argumentos y soluciones institucionales. (Solanes Mullor, 2016: 86-87)

Como señala Solanes, la nueva concepción del Estado regulador, de pretendido carácter apolítico (con el que puede definirse tanto la UE<sup>537</sup> como los Estados miembros), implica la aceptación del “libre mercado como protagonista y la corrección de sus fallos como función principal de los poderes públicos” (Solanes Mullor, 2016: 78), y asume la administración independiente como su “principal herramienta institucional”, de manera que se erige en auténtica reserva, en espacio de lo ya decidido, en “carcasa protectora” frente a posibilidades alternativas de política económica,

Ya sea a nivel de los Estados miembros o de la Unión Europea, los defensores del Estado regulador han concebido a los organismos reguladores organizados bajo la fórmula de la administración independiente como la solución institucional ideal. Estos encarnan y potencian los nuevos valores del Estado regulador. Se conciben como una carcasa protectora de la tecnocracia bajo la cual esta puede tomar las decisiones adecuadas lejos de la presión de los ciclos electorales y de la política. Los organismos reguladores (...) podrán supervisar y controlar el libre mercado, velando por la libre competencia y corrigiendo los fallos o externalidades de este. [Cumplirán estas funciones reguladoras –que se caracterizan como supervisoras y correctoras, no interventoras- aplicando criterios técnicos lejos de la política y la valoración subjetiva. (Solanes Mullor, 2016: 95).

Nos referiremos a continuación a tres problemas que plantea la administración independiente: su encaje constitucional, su control -dos cuestiones estas plenamente imbricadas- y su potestad normativa.

#### (b) Encaje constitucional y separación de poderes dinámica

---

<sup>537</sup> Sobre este aspecto es interesante lo que apunta Majone, recogido por Solanes Mullor (2016: 77-78) en relación con los dos niveles, Estado regulador, Estado interventor:

“Majone también apunta que el aumento gradual de normativa aprobada por la Unión Europea, tanto cuantitativa como cualitativamente, hizo cambiar el rumbo de Europa hacia el Estado regulador. En este sentido la UE se vio forzada a desarrollarse como un Estado regulador por la falta de poderes tributarios y de gasto, sin poder seguir el camino de los Estados keynesianos europeos de los años cincuenta y sesenta. La regulación medioambiental pero también la normativa en materia de competencia visualizaron el desarrollo de programas reguladores por parte de la Unión y su imposición a los Estados miembros. Las estructuras reguladoras de la UE, así como su filosofía alejada de la intervención pública en la economía, fueron poco a poco mimetizados por los Estados miembros”.

Compartimos el análisis de Solanes; como hemos venido viendo a lo largo de este trabajo una de las decisiones más relevantes sobre el diseño de la integración europea es el mantenimiento de dos niveles, uno de apertura y otro de políticas sociales y redistributivas en general, que permitiese el denominado federalismo competitivo. Las reticencias ordoliberales a la supranacionalidad en determinados ámbitos encuentran también aquí su fundamento. En consecuencia más que decir que la UE “se vio forzada” a desarrollarse por este cauce, diríamos que encontró una rambla por la que fluir de manera natural.

La discusión sobre el encaje constitucional de la administración independiente posee una doble vertiente, europea y nacional. En la UE la creación de agencias propias ha resultado más limitada que en los Estados miembros a pesar de que en estos ha tenido con frecuencia origen precisamente en el Derecho UE (desde las directivas liberalizadoras hasta la autoridad fiscal). El Derecho UE (tras la Sentencia Meroni<sup>538</sup>) las limita a la ejecución y restringe el papel normativo<sup>539</sup>, estableciéndose como principios limitativos generales la no alteración del equilibrio institucional y el refuerzo de su control. En todo caso la implantación de este tipo de agencias en el ámbito comunitario viene restringida por los equilibrios institucionales internos y por el hecho de que las necesidades de actuación de estas autoridades se producen en los Estados miembros sin perjuicio de su coordinación (mediante la normativa o/y *ex post*), lo que ha llevado a describirlas en algunas ocasiones casi como una suerte de administración periférica europea. Por ello centraremos el estudio del debate sobre su encaje constitucional en el plano nacional.

La discusión sobre el encaje constitucional es más fructífera en el caso de los Estados miembros donde por empuje o mimesis europea se han implantado con fuerza. Concretamente, en el caso español la discusión se centra en si el modelo de separación de poderes previsto en la Constitución supera el clásico de la separación rígida o estática en compartimentos estancos. Aunque como veremos es cuestión susceptible de debate doctrinal, se habría establecido un sistema dinámico<sup>540</sup> de separación de poderes en el que se reconoce un cierto grado de intercambiabilidad de funciones y en el que el elemento de ajuste es la integración de los contrapesos entre los distintos poderes

---

<sup>538</sup>Jurisprudencia que determinó la configuración de las autoridades del Sistema Europeo de Supervisión Prudencial (EBA, ESMA, EIOPS y, en lo macroprudencial, ESRB).

Sentencia de 13 de junio de 1958, Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, (C-9/56).

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-9/56&td=ALL>

<sup>539</sup> En base a ciertas cautelas de la Comisión en relación con el equilibrio institucional, que no obstante apuesta por ellas en los casos de legislación europea que los Estados deben incorporar. Solanes se refiere (2016: 99 y 110) al paradójico celo de la Comisión en mantener su poder, que podría verse fragmentado por la proliferación de este tipo de administraciones.

<sup>540</sup> Visión confirmada por el TC. STC 6/1983, de 4 de febrero (FJ 5º) y, más explícitamente, STC 166/1986, de 19 de diciembre (FJ 11º): “Procede, sin embargo, señalar que la evolución histórica del sistema constitucional de división de poderes ha conducido a una flexibilización que permite hoy hablar, salvo en reservas materiales de Ley y en actividades de pura ejecución, de una cierta fungibilidad entre el contenido de las decisiones propias de cada una de dichas funciones, admitiéndose pacíficamente que su separación ya no se sustenta en la generalidad de una y singularidad de la otra y que, según se deja ya dicho, es lícito al legislador adoptar decisiones singulares cuando así lo requieran situaciones singulares, al igual que es lícito a la Administración completar la función normativa de aquél mediante el ejercicio de su poder reglamentario.”

(*checks and balances*), de manera que el resultado sea equilibrado para el control del poder y también para su ejercicio, habida cuenta de la configuración del Estado no solo como Estado de derecho, sino como Estado social y democrático de derecho. Así ocurre sobre todo con la relación entre legislativo y ejecutivo a la que nos referíamos anteriormente,

El estudio de la regulación del Gobierno que lleva a cabo la Constitución revela, para un grupo importante de autores, que esta lleva a cabo funciones distintas a la mera ejecución que le reserva la estricta separación formal de los tres poderes clásicos. Así, la función de dirección del Gobierno [el *indirizzo* político] va mucho más allá de la mera ejecución y se convierte en una función política, creativa e innovadora que por tanto, como mínimo, el poder ejecutivo comparte con el legislativo. Asimismo, el Gobierno posee, bajo los auspicios de la Constitución, una función normativa que va mucho más allá de la potestad reglamentaria: aprueba él mismo normas con rango de ley y participa en su elaboración por parte del legislativo. (Solanes Mullor, 2016: 226)

Solanes (2016) recoge el debate doctrinal entre quienes defienden que la administración independiente, y, en general, el Estado regulador, son perfectamente compatibles con la configuración constitucional de la separación de poderes, y quienes plantean dudas sobre el encaje o, directamente, sostienen que son inconstitucionales. Reproducimos y comentamos las líneas principales de este prolijo debate ya que a partir de él podemos profundizar y acercarnos a comprender las implicaciones de fondo que la administración independiente del Estado regulador tiene para el constitucionalismo democrático, y avanzar así en la concreción de nuestra respuesta al problema de gobierno que venimos planteando.

Un sector de la doctrina plantearía la difícil constitucionalidad de la administración independiente en base a las atribuciones que el art. 97 CE dispone para el Gobierno. Este artículo establece que corresponde al Gobierno la dirección de la administración pública, con lo que no sería posible la independencia (al menos total) de estas administraciones; tampoco sería compatible con las facultades de planificación. En segundo lugar, la función de administrar correspondería unitariamente al Gobierno sin que tal función fuese intercambiable o atribuible al legislativo o al judicial. En ese sentido estático de la separación de poderes “el trasvase de funciones entre poderes no sería de libre configuración para el legislador” (Solanes Mullor, 2016: 231)<sup>541</sup>. Un último elemento es que el “sometimiento de la administración pública al Gobierno es la clave de bóveda de su legitimidad democrática”. Dicho de otra forma, la legitimidad

---

<sup>541</sup> Sobre la potestad reglamentaria ocurriría lo mismo, si bien la postura del TC reconociendo tal potestad de segundo nivel incluso a la administración independiente ha hecho recular a estos autores.



democrática (de origen electoral) de la actuación de la administración se sustentaría en el art. 97 que recoge su dirección por parte del Gobierno. En definitiva para este sector,

La división de poderes de la constitución no admitiría cambios ni flexibilidad alguna [visión estática], incluso si así lo decidiera el legislador. En pocas palabras, el reparto de funciones entre los distintos poderes compete al constituyente, que ha optado por un reparto específico que no ha incluido a las administraciones independientes y que el legislador no puede alterar sustrayendo funciones –especialmente la ejecutiva- del Gobierno y otorgándolas a otros poderes o entes de nuevo cuño como serían las administraciones independientes (2016: 232)<sup>542</sup>.

Por su parte, otro sector de la doctrina, parece más partidario del Estado regulador (Muñoz Machado, Parejo Alonso) y de las amplias posibilidades de la administración independiente dentro de una perspectiva dinámica de la separación de poderes constitucional y de una lógica institucional muy marcada por el proceso de integración europea. El principal argumento a favor parte de considerar que el art. 97 CE es susceptible de modulación por parte del legislativo, en tanto que la separación de poderes constitucional es dinámica. Habría que tener en cuenta, además, que la legitimidad democrática no tiene un único origen electoral, sino también procedimental, que se colmaría con la articulación de cauces de participación de los ciudadanos y de un proceso de decisión transparente y con garantías adecuadas<sup>543</sup>, así como con la propia creación por obra de la ley. Finalmente el art. 103 CE sería una suerte de antídoto contra el 97 o al menos su necesaria matización en tanto que para los defensores del Estado regulador “ciertas decisiones deben apartarse del juego democrático y de la política y deben dejarse en manos de los técnicos”. (Solanes Mullor 2016: 239). Este último argumento muestra con claridad la cosmovisión que subyace en el planteamiento del Estado regulador.

Traemos a colación aquí este debate en la medida en que parece que el Estado regulador y su “solución”, la administración independiente, de influencia norteamericana pero recogida por el Derecho UE con entusiasmo en cuanto fórmula de reducción del espacio de lo político, ha permeado el ordenamiento jurídico español hasta asentar figuras no previstas constitucionalmente de manera expresa. Si tales figuras caben desde una visión dinámica de la Constitución, no será hasta el punto de propiciar un desequilibrio

---

<sup>542</sup> Una visión más matizada es la de los administrativistas que, como señala Solanes, han tendido a superar el problema de la administración independiente señalando que se trata de entes que “gozan de una autonomía reforzada más que de auténtica independencia” (2016: 234). Se trataría, a nuestro juicio, de otra forma de reconocer el carácter meramente instrumental de su independencia.

<sup>543</sup> Y que incluiría una concepción que asume el papel “creador” del juez.

de poderes con respecto al previsto en la norma fundamental. Dicho de otra forma, no parece que la administración independiente y su configuración legal generen *per se* un problema de encaje constitucional. No obstante, sí parece que pueden estar funcionando como ariete legal de un desapoderamiento del *indirizzo político* (atribuido al Gobierno pero compartido con el legislativo) en beneficio de un aparente espacio de neutralidad técnica que esconde precisamente una disminución de la capacidad de intervención de los poderes públicos en la dirección de la política económica. Es decir, no sólo desequilibraría la separación de poderes (por muy dinámico que sea nuestro acercamiento), sino que lo haría restringiendo la capacidad de gobierno. Adicionalmente, la ausencia de controles supone, creemos, una amenaza para el propio elemento liberal, la limitación del poder, y para la propia eficiencia como principio en el que se fundamentan en la medida en que como veremos después su *accountability* (la responsabilidad por sus actos) queda muy difuminada.

Por último, quisiéramos referirnos al hecho de que como señala Solanes (2016: 242-243), quienes rechazan la constitucionalidad de la administración independiente tendrían dos salidas: (1) aceptarla sólo cuando su creación proviene del Derecho la UE (por ejemplo, en materia de telecomunicaciones<sup>544</sup>), en virtud del principio de primacía; (2) invocar el art. 4.2 del TFUE entendiendo que se afecta a la estructura básica o configuración constitucional, es decir, acudir al principio de identidad constitucional que hemos desarrollado en el capítulo anterior. Aunque no podemos extendernos aquí, ambas salidas parecen complejas: la primera porque en el caso de que pudiera admitirse que la primacía se extiende hasta aspectos institucionales o de organización del Estado, ello supondría una vía de agua en los argumentos que postulan la inconstitucionalidad de la administración independiente, ya que parece discutible aceptar que el legislativo pudiera ceder la competencia (en nuestro caso ex art. 93 CE) para hacer algo que tiene constitucionalmente vedado para sí.<sup>545</sup> En el segundo caso, la identidad constitucional se identifica con la defensa del principio democrático y de la configuración de la separación de poderes. Si se defiende la visión absolutamente estática, lo que no creemos que case bien ni con el texto constitucional ni con la doctrina del TC, esta sería

---

<sup>544</sup> Directiva Marco 2002/21/CE (modificada por la Directiva 2009/140/CE).

<sup>545</sup> En todo caso esta cuestión podría abrir otros debates en torno a las cláusulas de atribución y los poderes implícitos y en cuanto a la relación entre primacía del Derecho europeo y supremacía constitucional, que como hemos indicado en el capítulo anterior más bien debieran superarse mediante la decisión política sobre la atribución, lo que nos lleva precisamente al segundo caso: el respeto de la identidad constitucional.

la vía. Pero si lo que se defiende es la visión dinámica, la identidad constitucional sólo sería el cauce si realmente lo que se produce a través de la administración independiente y del Estado regulador es una desnaturalización de la separación de poderes -con o sin origen europeo-, una mutación constitucional que desapoderase completamente al ejecutivo y al legislativo, en beneficio de un cuarto poder. Pero si así fuera -y es la tesis que aquí defendemos-, no debe mirarse al dedo sino al objeto que señala: no se trata de rechazar la administración independiente en sí, como los principios en que se funda y la forma que tiene de materializarse, es decir, su concepción y control.

Recapitulamos. A nuestro juicio debe tenerse en cuenta no sólo el objetivo último de la limitación o control del poder, sino el equilibrio en sí entre los distintos poderes (y funciones) que facilitan los mecanismos de control mutuo (pesos y contrapesos) y además, lo que con frecuencia se escapa, si se genera una nueva delimitación del poder (público) en su conjunto. Dicho de otra forma, la separación de poderes se basa en una formulación interna -el control del poder requiere su fragmentación y su equilibrio en tanto que los poderes se controlan entre sí-, pero también, o incluso fundamentalmente, tiene una vertiente externa: la necesidad de controlar o limitar el poder proviene de la concepción liberal que requiere un espacio de no interferencia para los individuos. El reajuste de la separación de poderes puede dejar intacta esta delimitación externa –mero reajuste- o puede afectarla al menos en dos sentidos: (1) el aumento de zonas de poder sin control que queden fuera del sistema de contrapesos, propiciando la inseguridad jurídica y la arbitrariedad. (2) El vaciamiento o desapoderamiento de los poderes del Estado o, si se prefiere, la nueva delimitación de los espacios público y privado. La administración independiente puede adolecer de ambos problemas. En definitiva, la concepción dinámica de la separación de poderes exige plantearse la pregunta sobre dónde residía el poder antes y después de su reajuste. Para ello es importante profundizar en su control (y en la relación entre control y concepción política/apolítica).

### c) Control

En este punto conviene tener presente la doble concepción (Solanes Mullor 2016: 249) de la administración independiente, la concepción neutra o apolítica y la concepción política (que entronca mejor con la visión EE.UU. al menos durante el New Deal). Desde la primera, el reequilibrio de la separación de poderes debe buscar

necesariamente el control del poder, pero los controles deben venir no de las instituciones políticas (legislativo y ejecutivo), sino principalmente del procedimiento y de técnicas judiciales de control blando como la *deferencia* (que permiten el control de situaciones como la *captura del regulador*, por poner sólo un ejemplo). Para la concepción política de las administraciones independientes el control debe proceder de las instituciones políticas, el legislativo y el ejecutivo (como ocurrió en EE.UU.). En uno u otro caso el control vendría a funcionar como reajuste necesario del principio de separación de poderes. La cuestión -sobre la que volveremos al final- es que parece que en todo caso junto con el control, primero habría que discutir la concepción de este tipo de administraciones en relación con el alcance y los límites de la intervención estatal en la configuración de la política económica, es decir, si funcionan como ariete jurídico de la limitación de gobierno (concepción neutra o apolítica) o si en cambio son meras fórmulas instrumentales para mejorar la acción de gobierno, tratando de que algunos espacios queden sustraídos de la política partidista, pero no de la política como espacio pluralista de decisión característica del constitucionalismo democrático (concepción política).

A continuación nos referiremos con mayor detalle al control de la administración independiente.

- Indeterminación del Derecho y discrecionalidad técnica.

Tradicionalmente se viene estableciendo una relación entre el interés general definido por la ley y la actividad administrativa que la completa mediante un juicio de interés general sustentado en cierto margen de discrecionalidad. Esa situación, que según Montero Pascual (2016: 47) produciría una “modificación del equilibrio entre el legislativo y el ejecutivo”, se hace especialmente palpable cuando quien actúa es una administración independiente,

El tradicional ámbito de la discrecionalidad administrativa reside, en lo fundamental, en completar para el caso concreto, el juicio sobre el interés general que se contiene en la ley. El modelo de regulación [mediante agencias independientes] asume el menguante protagonismo de la ley en la definición del interés general. (...)

La sustancial ampliación del margen de discrecionalidad de la administración plantea una evidente modificación del equilibrio entre el Legislativo y el Ejecutivo. El desequilibrio se hace especialmente patente si además el margen de discrecionalidad se

otorga a una Administración independiente formalmente ajena a la responsabilidad política del Gobierno.<sup>546</sup>

Fundamentales son en este nuevo marco las garantías a otorgar al ciudadano para la protección de sus derechos e intereses. Así surge la necesidad de establecer específicas garantías institucionales y procedimentales, algún tipo de control político y, sobre todo un reforzamiento del control jurisdiccional sobre la actividad discrecional del regulador, al menos enjuiciando la proporcionalidad de la intervención reguladora.

En ese sentido, la construcción doctrinal sobre el control judicial de la administración pública se ha centrado tradicionalmente en la idea de reducir al máximo la discrecionalidad de la administración –en torno a la dicotomía conceptos jurídicos indeterminados/potestades discrecionales<sup>547</sup>- y propiciar un *control fuerte* de la misma (en nombre de la subsunción y la ciencia jurídica) (Solanes Mullor, 2016: 253-254). Sin embargo, en relación con el primero de los términos de la disyuntiva, los *conceptos jurídicos indeterminados*, habrían aparecido dos elementos que ofrecen mayores posibilidades de ponderación (Solanes cita a Enterría y Fernández 2016: 263) o matización de esa preferencia por el control fuerte: la inclusión de un margen de apreciación sobre ciertos elementos de indeterminación y la apertura a algún grado de discrecionalidad técnica.

El primero de estos elementos es “el llamado *margen de apreciación* en la determinación del concepto”, donde García de Enterría y Fernández recogen postulados de Hart<sup>548</sup> en relación con la “indeterminación del derecho” (la existencia de una “zona de indeterminación” y una “zona de certeza”) (Solanes Mullor, 2016: 263).<sup>549</sup>

---

<sup>546</sup> Podría verse la administración independiente como parte del desplazamiento legislativo al ejecutivo, pero en verdad, creemos que es más bien un desplazamiento hacia otro espacio (técnico), aunque se preserven formalmente u oficiosamente lazos y vinculaciones de distinta índole con el ejecutivo. Por eso su tratamiento separado.

<sup>547</sup> Para la doctrina administrativista de mayor raigambre en España (García de Enterría/Fernández 2000), de carácter formalista, la piedra angular del sistema vendría constituida por la dicotomía: conceptos jurídicos indeterminados/potestades discrecionales, con la diferencia de que los primeros –al menos en la construcción inicial- no permitirían más que una solución posible y las potestades discrecionales sí permitirían una pluralidad de soluciones, sin perjuicio de la existencia de elementos susceptibles de control (elementos reglados, hechos determinantes y control del respeto de los principios generales). (Solanes Mullor, 2016: 252 y ss.).

<sup>548</sup> H.L.A. Hart, *The concept of law* (1961).

<sup>549</sup> Surge aquí el acercamiento (no reconocido por los autores) entre el margen de apreciación que se hace necesario en la zona de indeterminación (juicios de valor) y la discrecionalidad (propia de las potestades discrecionales).

El segundo elemento de matización es para estos autores el de la *discrecionalidad técnica* (en áreas determinadas: urbanismo, contratación y función pública; Solanes Mullor, 2016: 264).<sup>550</sup>

La ampliación de la indeterminación del derecho y, en particular, el reconocimiento de la discrecionalidad técnica, parecería abrir la puerta a técnicas de *control judicial blando*, en particular a la deferencia judicial (habitual en EE.UU.), que sin embargo no han sido hasta ahora aceptadas explícitamente por la doctrina formalista dominante en España, que sigue apostando por el control judicial fuerte sobre la administración independiente. Sin embargo, desde otra perspectiva y una vez que se reconoce una zona de indeterminación, “el juez, bajo una visión antiformalista que lo convierte en un agente político, no neutral y que toma decisiones valorativas o de oportunidad, no está capacitado ni técnica ni democráticamente para controlar *plenamente*<sup>551</sup> la administración pública” (Solanes Mullor, 2016: 265-266). De ello no se deduce, obviamente, que no pueda ejercer un control quizás menos *pleno* pero que pueda diferenciarse de la simple confirmación sistemática de las decisiones administrativas tomadas en ese espacio de indeterminación propicio para la discrecionalidad técnica.

- Motivación, proporcionalidad y deferencia.

En ese sentido, el TC ha apuntado (Solanes Mullor, 2016: 282) hacia el control de la discrecionalidad técnica entendiendo que la actuación sustentada por dicha discrecionalidad no ampara una zona de ausencia de control, sino que admite desvirtuar la validez de la actuación de la administración sustentada sólo (que no es poco) en una presunción *iuris tantum*,

El resultado del ejercicio de la discrecionalidad técnica por parte de la administración pública únicamente constituye una presunción *iuris tantum* de validez que, por tanto, puede ser desvirtuada (STC 86/2004)<sup>552</sup>. Sin lugar a dudas, la discrecionalidad técnica continúa considerándose difícil de controlar y, por este motivo, cuando la administración la ejerce debe entenderse que actúa, como presunción, de manera correcta. Sin embargo, es posible argumentar en su contra y, con los suficientes elementos de prueba, refutar el juicio técnico de la administración. El TC apunta

---

<sup>550</sup> Sobre el reconocimiento de la discrecionalidad técnica por el TC Solanes (2016: 283) señala que se ha producido en varios ámbitos y que ello “permitiría sin demasiados problemas extrapolarla a las administraciones independientes”, especialmente teniendo en cuenta el reconocimiento del BdE y la CNMV como “órganos especializados”.

<sup>551</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>552</sup> No referido a la ad administración independiente, pero creemos que extrapolable.

algunos criterios limitadores de la discrecionalidad técnica que permitirían desvirtuar su presunción de validez como son incurrir en patente error, caer en arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación. (Solanes Mullor, 2016: 282)

Indica Montero Pascual (2016: 48), por su parte, que tal discrecionalidad tiene su origen en la creación originaria de este tipo de figuras en EE.UU., no como agencias que recibían delegación del ejecutivo (que tenía pocos poderes constitucionales en este ámbito), sino directamente del legislativo, lo que hacía que necesariamente la delegación fuera amplia e imprecisa. Añadimos que precisamente este análisis de los orígenes hace pensar que la legislación de desarrollo actual puede y debe ser mucho más detallada y precisa en cuanto a los términos de la habilitación a las administraciones independientes o, dicho de otra forma, limitar al máximo su margen de discrecionalidad y vincularlo a su carácter funcional y a su mejor posición para ponderar. De lo contrario ante lo que estaremos es ante el riesgo de traslación de los poderes del legislativo (y de paso, de los que le correspondiesen al ejecutivo).

En este punto resulta necesario efectuar dos comentarios. En primer lugar parece que si la tarea de deshacer la presunción *iuris tantum*, es decir, la carga de la prueba de que una actuación no resulta amparada por la discrecionalidad técnica, recae en un órgano judicial que por definición cuenta con menor capacidad técnica, la motivación debe resultar especialmente justificadora de tal actuación, ya que sólo así podrá equilibrarse la relación entre el controlado y el que controla. En segundo lugar, cabe plantearse si el control será meramente formal o también sobre el fondo. Los criterios hacia los que apunta el TC –error, arbitrariedad, desviación de poder o ausencia de justificación– hacen pensar en un control formal reforzado por la revisión de la adecuación de la actuación de la administración a ciertos principios generales del ordenamiento y, en particular, de los que se predicán de las actuaciones administrativas, como el principio de legalidad o la interdicción de la arbitrariedad. En la misma línea discurre, según señala Solanes, la opinión de un “*new dealer*” el juez Franfurter,

Se asentó en 1943 el criterio de control judicial de las decisiones discrecionales de la administración pública (*policies*). (...) ‘El normal funcionamiento del control judicial requiere que los fundamentos sobre los que la Administración actúa sean revelados y adecuadamente razonados’. En este sentido el juez únicamente analiza el razonamiento de la administración pública pero no realiza un análisis sobre el fondo de la decisión discrecional.” (Solanes Mullor, 2016: 63)

Conforme a todo lo anterior, no parece que el control judicial deba llevar a cabo una completa reconstrucción del juicio de valor que amparado en la discrecionalidad y

conocimiento técnico justifica la decisión. Esto no nos parece exactamente lo mismo – se intuye en las mismas palabras de Franfurter- que rechazar todo control de fondo sobre una decisión que más allá del cumplimiento de la obligación de motivar debidamente y de respetar los demás elementos formales, pudiera estar basada en un razonamiento (jurídico) inadecuado<sup>553</sup>.

En definitiva, todo lo anterior conduce a plantear la necesidad de una mejora cualitativa de la motivación que puede aumentar además en términos generales la calidad<sup>554</sup> del proceso decisorio.<sup>555</sup>

Conviene finalmente aludir a la cercanía entre la obligación de motivar y el llamado *juicio de proporcionalidad* que se origina en la doctrina alemana y se recoge plenamente en el Derecho UE a fin de permitir un mejor control de la discrecionalidad técnica de la administración independiente.

Más allá de la motivación, las cuestiones que subyacen a la mayor o menor intensidad del control judicial son las de la legitimidad democrática y la capacidad técnica. Ambas se presuponen mayores en el caso de las administraciones independientes (frente al juez), por lo que el siguiente paso es la confección de una *teoría ordenada de la deferencia judicial*, es decir, de un control judicial limitado,

---

<sup>553</sup> En esa línea, señala Montero (2016: 96) (refiriéndose a la administración independiente sectorial) algunas posibles causas de la ineffectividad del control judicial de la actividad administrativa de regulación como la probable falta de competencia técnica, la inmediatez de la ejecución que hace difícil la restitución o la lentitud. Añade Montero (2016: 96-97) que en la práctica el control es formal, como sugeríamos,

“La experiencia nos demuestra que en la práctica resulta extraordinario que los Tribunales entren en cuestiones de fondo en la resolución de los recursos contra los actos de los reguladores sectoriales. La doctrina [Ariño, Betancor, etc.] así lo ha subrayado. Los tribunales españoles suelen centrarse en los aspectos reglados de los actos administrativos de naturaleza económica, huyendo de la valoración de fondo de estos actos. La complejidad técnica y el respeto al ámbito de discrecionalidad legalmente reconocido a la administración justificarían esta aproximación.”

<sup>554</sup> Así cobra importancia la motivación como elemento determinante del proceso decisorio en tanto que permite su control. Ese control que en último caso corresponde a los tribunales requiere una posibilidad de contraste y por ello hace de la figura de la suficiente motivación un parámetro esencial. La carga de la prueba podrá estar en los órganos judiciales pero tal juicio debe hacerse en virtud de la información que proporciona la administración de manera que su decisión sea transparente. Todo ello puede redundar adicionalmente en una mayor calidad de la decisión, en virtud de la mayor exigencia del conjunto del proceso.

<sup>555</sup>En tal sentido apunta Montero Pascual (2016: 109), en relación con la legislación administrativa española recién reformada,

“Cabría reforzar la obligación legal de motivación recogida en el art- 35 de la Ley 39/2015 a fin de exigir a los reguladores de forma expresa que motiven sus resoluciones concretando el juicio de proporcionalidad que funda las mismas, superando la mera referencia sucinta de hechos y fundamentos de derecho”.<sup>555</sup>



En Chevron el Tribunal Supremo abandonó la deferencia de carácter persuasivo formulada en el caso Skidmore y la convirtió en obligatoria para los tribunales: en el caso de que el Congreso no haya resuelto la cuestión interpretativa en litigio y la solución adoptada por la administración sea razonable, los tribunales deben aceptar esta última. (Solanes Mullor, 2016: 68).

Como señala Solanes (2016: 73), el mantenimiento del equilibrio propio de la separación de poderes parecería exigir, de parte del control judicial al menos una deferencia ordenada. Es decir, la irrupción de las administraciones independientes hace necesario un reajuste que mantenga el equilibrio interno del principio de separación de poderes, y ello, sea cual fuere la concepción que se adopte (neutralidad técnica o política). Otra cosa será el tipo de control político y la configuración general en la que se inserta el funcionamiento de estas instituciones,

En el momento del advenimiento del Estado regulador –New Deal- la tecnocracia estaba en su momento más álgido y la posición deferente venía marcada por el conocimiento técnico o discrecionalidad técnica del aparato administrativo del Estado regulador. En la era post-New Deal, con la importante crítica democrática al Estado regulador y su apuesta por la tecnocracia, los fundamentos antiformalistas del pensamiento jurídico norteamericano impidieron que el control judicial cobrara más protagonismo. En ese momento, se apostó por controles extrajudiciales –de carácter parlamentario y gubernativo- y se fortaleció el procedimiento administrativo. Los tribunales no abandonaron su posición deferente, únicamente perfilaron sus mecanismos de control que tenían más que ver con asegurar el marco o el contexto –velar por la concurrencia de todos los valores procedimentales- de la toma de decisiones de las administraciones públicas y no tanto con el control de fondo o sustantivo de las mismas. (...) Pero esta posición deferente, no cabe olvidarlo, viene acompañada de una elaboración doctrinal sofisticada y de la determinación de criterios claros, así como indicadores del grado concreto de deferencia a adoptar. (...) Una serie de tests o doctrinas (...) ofrecen guías y criterios que permiten entrever el grado concreto de deferencia que un tribunal debe adoptar ante una decisión de una administración pública. La deferencia en este sentido es inevitable, pero está ordenada. (Solanes Mullor, 2016: 73).

En todo caso, aunque los controles judiciales sean los adecuados (blandos o duros), la cuestión del control político (legislativo y ejecutivo) nos devuelve al punto de partida: la decisión sobre cuál de las dos concepciones de administración independiente se adopta, decisión que llevará aparejada una respuesta a la pregunta sobre la reordenación del principio de separación de poderes, es decir, sobre si puede o no hablarse de un cuarto poder, un poder técnico.

Profundizaremos en esta cuestión en relación con el ámbito financiero, si bien, antes nos referiremos brevemente a un último problema que suscita la administración independiente y que, aunque hemos avanzado anteriormente –en relación con el art. 97

CE y también con la doctrina Meroni del TJUE-, queda pendiente: la potestad normativa<sup>556</sup>.

#### d) Sobre la potestad normativa

En relación con la visión dinámica de la separación de poderes, la doctrina del TJUE y del TC difieren en cuanto a las posibilidades normativas de la administración independiente. El TJUE ha elaborado mediante la sentencia Meroni una doctrina que limita la potestad normativa de las autoridades independientes, doctrina que se ha tenido en cuenta a la hora de establecer límites a los desarrollos reglamentarios<sup>557</sup>, cuestión esta que hace vislumbrar la posibilidad de una futura ampliación de competencias normativas en este ámbito.

Por su parte, el TC<sup>558</sup> sí ha reconocido que el art. 97 CE permite una extensión de la potestad reglamentaria conforme a ciertos límites y que se extiende hasta las administraciones independientes (al menos al BdE y la CNMV). Se ha producido “la aceptación de la atribución de potestad normativa –de segundo nivel, es decir reglamentaria- a las administraciones independientes” (2016: 278). Como señala Solanes es un “reconocimiento con todas las cautelas: se trata de una potestad prevista expresamente por la ley, jerárquicamente subordinada a la potestad reglamentaria del Gobierno y dentro del ámbito de sus competencias.” (2016: 278)

En la misma línea, Montero Pascual sitúa los debates sobre esta cuestión en la habilitación y en el contenido de las normas. En cuanto a la habilitación la cuestión radica en su ubicación en la norma de rango legal o/y en la norma gubernativa de desarrollo reglamentario (nos inclinamos por su ubicación en ambas<sup>559</sup>). En todo caso,

---

<sup>556</sup> Sobre el que los anteriores comentarios sobre el control de la actividad administrativa son en su mayor parte extensibles al caso de la aprobación de disposiciones generales.

<sup>557</sup> Nos referimos a las normas técnicas vinculantes de las autoridades de supervisión financiera, que han de ser endosadas por la Comisión.

<sup>558</sup> Véanse las sentencias del TC 135/1992, de 5 de octubre (BdE) y 133/1997, de 16 de julio (CNMV).

<sup>559</sup> En todo caso el TC (STC 133/1997, de 16 de julio) ha recordado la necesidad de habilitación previa por parte del Gobierno (real decreto u orden ministerial) conforme al antiguo art. 15 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Actualmente el art. 21.1 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, dispone:

Artículo 21. Capacidad normativa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

1. La Comisión Nacional del Mercado de Valores, para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuye esta ley, podrá dictar las disposiciones que exija el desarrollo y ejecución de las normas

parece necesario que la habilitación no sea general, es decir, que sea cauce para una deslegalización o desapoderamiento completo en favor de la administración independiente y que además sea suficientemente precisa.<sup>560</sup>

En todo caso, algunos autores niegan esta potestad normativa (como ocurre en el ámbito UE) o cuando menos circunscriben su actuación, por ejemplo, como señala Montero Pascual (2016: 60-61) a la supervisión de los mercados, pero no a su configuración. Compartimos esta tesis restrictiva sobre la que después volveremos.

## **5.2 Especial referencia a la situación en el ámbito financiero y monetario.**

Como hemos visto hasta ahora los mecanismos jurídicos o pseudojurídicos de articulación de la nueva normatividad, internacional, europea y nacional, tienen una especial importancia en el sector financiero, habida cuenta a su vez de la centralidad del hecho financiero en la distribución del poder. Así ocurre con el ejecutivismo o con el federalismo competitivo. Sin embargo, para concluir con la específica situación en el ámbito financiero, vamos a centrarnos en el último elemento, la reordenación del principio de separación de poderes mediante una neutralización política o cauterización de amplios espacios reservados al *poder técnico*.

Dividiremos esta última parte de nuestra exposición en dos cuestiones: (1) los problemas técnicos y de seguridad jurídica que algunas de las inercias que caracterizan la administración independiente del Estado regulador pueden ocasionar en el ámbito de la supervisión financiera. (2) El problema de naturaleza política sobre el paradigma (que entronca con la cuestión principal en relación con el Estado regulador, su concepción). Apreciamos en esta segunda cuestión dos dinámicas, haz y envés, de la estrategia de cauterización que venimos señalando: (1) la privatización de funciones; (2) la dilución de funciones públicas, en concreto en relación con (a) la supervisión y la configuración jurídica del sistema financiero y con (b) el funcionamiento del Banco Central. Lo haremos a partir de tres casos paradigmáticos.

---

contenidas en los reales decretos aprobados por el Gobierno o en las órdenes del Ministro de Economía y Competitividad, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello.

<sup>560</sup> Esta podría decirse que es una trinchera viva en nuestro actual Derecho administrativo, al menos en lo que concierne a los supervisores financieros y la necesidad de que las habilitaciones sean para materia concretas y estén delimitadas en términos precisos. Sobre algunos rasgos de esta potestad véase, por ejemplo, Montero Pascual (2016: 70-73) y García de Enterría/Fernández (2000: 177 y ss.).

### 5.2.1 Sobre cuestiones técnicas de la administración independiente en el ámbito financiero<sup>561</sup>.

La dinámica de la administración independiente que acabamos de repasar en sus aspectos estructurales o generales –es decir, de su sentido dentro del Estado regulador y de los principales problemas jurídicos que plantea- tiene algunas peculiaridades en el ámbito financiero. Este es un espacio tecnificado por antonomasia en el que pueden identificarse puntos débiles de lo jurídico, o al menos de la certeza jurídica. Ello ocurre en al menos tres momentos del proceso supervisor que requieren quedar debidamente aquilatados en la regulación financiera: (1) el carácter no vinculante de algunas normas; (2) el amplio margen de apreciación en la actuación supervisora, en especial en el control o el refuerzo del cumplimiento normativo; y, (3) finalmente, la dificultad de un control realmente efectivo sobre el supervisor, en particular en caso de eventuales actuaciones impropias o *ultra vires*.

Un elemento estructural del marco jurídico financiero es la propia norma de normas de la supervisión, es decir, la norma que por un lado atribuye al supervisor la competencia para ejercer su función de garante de la estabilidad financiera y por otro delimita las capacidades, instrumentos y procesos característicos de tal función supervisora<sup>562</sup> sobre las entidades de crédito y otros intermediarios financieros<sup>563</sup>. Entre esos instrumentos, junto a los meramente ejecutivos, destaca la potestad normativa a la que nos acabamos

---

<sup>561</sup> Destacamos que el carácter de administración independiente del Banco de España en tanto que supervisor bancario podría cuestionarse en tanto que tradicionalmente se afirma que ejerce tal función por delegación del Gobierno. En realidad, el mandato del supervisor está recogido en su norma de cabecera, la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (art. 7.6). En todo caso, tal afirmación parece reconocer un estatus mayor de independencia a la que trae causa de su autoridad monetaria (como integrante del SEBC). Creemos que tal diferencia a día de hoy se reduce a la configuración legal europea de la política monetaria y nacional de la supervisión, extremo este cada vez más endeble tras la creación del SESF y, sobre todo, de la Unión Bancaria y dentro de ella del Mecanismo Único de Supervisión.

<sup>562</sup> En el marco europeo nos remitimos a la segunda parte, en la que nos referimos a la normativa de supervisión financiera europea, en el marco del SESF y de la Unión Bancaria, así como a los anexos I y II. En el ámbito estatal, junto a la citada Ley de Autonomía, destaca como cabecera la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.  
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-6726>

<sup>563</sup> La clásica distinción entre regulación de actividades y regulación de sujetos tiende a desdibujarse. Además en la medida en que la protección a los clientes de servicios financieros (más específica que la protección general de los consumidores) se ha ido extendiendo, la regulación sobre prácticas bancarias y financieras se dirige, por el lado de las obligaciones, a estos sujetos de naturaleza financiera o que realizan tales actividades, pero concierne no ya sólo al conjunto del sistema, en cuanto a sus riesgos, sino a la práctica totalidad de los ciudadanos en tanto que sujetos que utilizan dichos servicios financieros y son en consecuencia objeto de protección.

de referir, así como la cercana posibilidad de aprobar las llamadas *guidelines* o directrices supervisoras. En ellas se establecen pautas de comportamiento que se juzgan deseables por parte de las entidades supervisadas, si bien permanecen desprovistas del carácter vinculante inherente a las normas jurídicas.<sup>564</sup> Aquí surgen problemas prácticos y específicos para toda entidad supervisada, pero también un problema general en la medida en que pueden crearse inercias perniciosas para la estabilidad y la eficiencia del sistema financiero. Veamos sucintamente algunas.

En primer lugar, cuando el ejercicio de la potestad normativa se ajusta a los términos a los que nos hemos referido anteriormente, no creemos que constituya *per se* un problema –desde luego no un problema funcional en el nivel constitucional- sin perjuicio de que de la configuración concreta y ejercicio de la potestad puedan derivarse disfunciones. Más dudas generan los estándares, directrices y demás instrumentos propios de la actividad supervisora, que pueden encuadrarse dentro del llamado *soft law* al que nos referimos al principio como integrante de la lógica regulatoria global. Estos instrumentos suponen objetivamente (y sin perjuicio de su utilidad práctica), por definición, un debilitamiento del derecho, en tanto que si bien no comportan *stricto sensu* fuerza normativa vinculante, sí que exigen habitualmente de quienes no siguen los comportamientos estandarizados en las directrices una explicación o justificación sobre la ausencia de su seguimiento<sup>565</sup>.

Un segundo elemento disfuncional puede aparecer cuando las normas vinculantes (o las directrices) contienen un margen de apreciación tan amplio para el supervisor que hace prácticamente imposible anticipar la pauta de “cumplimiento”, convirtiendo un cierto espacio de discrecionalidad técnica deseable para el correcto ejercicio de la función supervisora, en una holgura del espacio de dicha actuación supervisora. Cuando la holgura es la norma, el propio supervisor se encuentra con incentivos diferentes en cada

---

<sup>564</sup> Véase el anexo. Finalmente habría que añadir una serie de instrumentos ejecutivos, como los incluidos en relación con el Pilar II, que permite imponer exigencias adicionales a las entidades de crédito. Otro tipo de pautas, cartas, instrucciones, etc., comúnmente empleadas nos sitúan en el límite de lo legal. Más allá de lo admisible en el Estado de Derecho quedarían, en caso de producirse, otro tipo de prácticas como las órdenes sin constancia escrita.

<sup>565</sup> La calificación de estos incumplimientos queda contagiada del mismo carácter débil -aunque no desprovisto de ciertos efectos, cuando menos reputacionales-, mediante un lenguaje que califica, por ejemplo, la falta de seguimiento como “deficiencias”.

actuación ordinaria y acaba encontrándose ante la trampa de su excesivo margen de apreciación<sup>566</sup>.

Un tercer elemento disfuncional puede vislumbrarse cuando por la especial complejidad del ámbito financiero, se debilita el control *ex post* –especialmente el control judicial-, lo que ocurre cuando el razonamiento de fondo que se sitúa detrás de las decisiones supervisoras no aparece suficientemente motivado, o explicado con la debida transparencia el juicio de su proporcionalidad. Si se produce esta situación, el riesgo de deferencia desordenada parece alto, ya que salvo en casos claros o momentos de especial alarma social, no es probable que los órganos judiciales desbaraten decisiones supervisoras de especial complejidad y sensibilidad, rompiendo *motu proprio* la presunción *iuris tantum* de que gozan sus actuaciones dentro del espacio de discrecionalidad técnica. En último extremo, esta dificultad de control efectivo sobre el supervisor puede generar una inercia de relajación dañina para la función supervisora.

...

Concluimos señalando que la suma de estos puntos débiles o inconsistencias de lo jurídico que se vislumbran antes, durante y después de la actuación supervisora puede resultar no solo generadora de incertidumbre para las entidades supervisadas y en consecuencia contraria a la eficiencia económica del conjunto, sino además disfuncional para la estabilidad financiera en tanto que potencial fuente de laxitud a través de la cual pueden difuminarse tanto los parámetros de la supervisión, como las posibilidades de una eventual exigencia de responsabilidad por la actuación supervisora. Es este un talón de Aquiles de la supervisión financiera, que resulta agravado por la inexistencia de controles políticos (cuando menos parlamentarios), o dicho de otra forma, por la autoconciencia supervisora de desempeñar su actuación en un espacio reservado, pretendidamente neutro y apolítico. Este debilitamiento del sistema de *checks and balances* como fórmula que establece un control recíproco entre los poderes, pero también un autocontrol previo, puede afectar directamente a la estabilidad, pero también nos devuelve una vez más al problema previo al del control de la administración independiente, del que partíamos y con el que concluiremos. La concepción de la

---

<sup>566</sup> Piénsese, por ejemplo, en una intervención bancaria. Por otra parte, aunque nos hemos centrado en el elemento democrático del constitucionalismo, la ausencia de controles sobre este tipo de autoridades puede suponer una amenaza para la seguridad jurídica como principio liberal que rige el tráfico económico y para la propia eficiencia y racionalidad del procedimiento decisorio.

administración independiente del Estado regulador es una solución o ariete legal para la despolitización de cuestiones de política económica que se estiman ya decididas, en concreto una intervención del Estado mínima y reducida a reconducir los fallos de mercado y posibilitar la libre competencia. Tal concepción o paradigma no resulta ajeno al caso financiero y monetario, de manera que no sólo se reducen las posibilidades de alternativas políticas económicas (la intensidad de la intervención pública, la prioridad de bienes colectivos, etc.), sino que en último extremo también pueden acabar afectando a la propia estabilidad financiera.

### **5.2.2 Sobre cuestiones políticas de la administración independiente en el ámbito financiero: paradigma financiero y Estado regulador.**

La relación entre el poder de lo técnico y el paradigma financiero es la que define en este ámbito la nueva normatividad de implantación transnacional (el quién y cómo decide sobre los límites de gobierno). El elemento determinante es el pretendido carácter apolítico, que lleva a configurar un espacio de neutralidad técnica con un doble efecto: por un lado se limitan *per se* las posibilidades de Gobierno en la medida en que amplios ámbitos de gobierno quedan sujetos a una suerte de piloto automático en el que lo técnico constituye la respuesta a los eventuales fallos del sistema o, a lo sumo, la anticipación a los fallos mediante la ordenación de ciertas reglas<sup>567</sup>. Por otro lado, la existencia de ese espacio técnico viene acompañado del traslado de ciertas funciones o decisiones al espacio privado, ya se trate de agentes o empresas concretas o simplemente a la más general disciplina del mercado.

...

En los comienzos de este trabajo, cuando repasábamos la larga historia financiera destacábamos la importancia del Derecho privado y la autorregulación dentro del sistema financiero de la edad dorada del liberalismo. Este paradigma (Pagliari 2012: 51), como señalábamos al final de la segunda parte, sólo cambió a partir de la crisis de 1929 y las medidas legislativas adoptadas en el contexto del *New Deal*, en especial la

---

<sup>567</sup> La disminución del instrumental no sólo afecta a lo político en cuanto limita las posibilidades de alternativas políticas económicas que eran aceptables dentro de la concepción de neutralidad constitucional, sino que también afecta al propio instrumental que queda reducido a ese piloto automático (a expensas de tener que forzarlo en situaciones de emergencia). Obviamente el instrumental en manos de los bancos centrales y otras instituciones está disponible, otra cosa es que su uso se encuentre bloqueado.

*Securities Act* de 1934, a través de las cuales se procedió a la creación de poderes públicos de regulación y control financiero. Un segundo cambio de paradigma –en sentido contrario al anterior- se produce a partir del último cuarto del siglo XX, mediante fórmulas muy diversas que se asocian con la desregulación y la asignación de capacidades regulatorias a lógicas y actores privados (habitualmente aludidos con la etérea denominación de “mercados”<sup>568</sup>). Este cambio de paradigma se identifica con la nueva normatividad global.

A partir de 2008, la crisis financiera cuya eclosión que hemos situado en la quiebra de Lehman Bros. (sin desatender sus coletazos previos, relacionados con el mercado hipotecario), habría servido al menos para recordar, como señalábamos más arriba, “que la división de las responsabilidades regulatorias entre actores públicos y privados es una característica contingente y no estructural (en sentido de inamovible) en el gobierno de los mercados financieros” (Pagliari, 2012: 52), pero resulta muy dudoso que la respuesta haya constituido un tercer cambio de paradigma. En este sentido planteamos si, como sugiere Pagliari, aunque se haya extendido la regulación a actores como los *hedge funds* o las agencias de calificación, y se haya fortalecido el papel de los supervisores –especialmente en el marco europeo-, en cambio, no parece haber supuesto una recuperación del paradigma de gobierno del sistema financiero, sino un esfuerzo por enfocar el vigente. En consecuencia, no se supeditaría el “propósito y contenido” de la función supervisora y de la regulación a la adecuación de la actividad financiera al bienestar económico de la sociedad, sino tan solo a vigilar dicha actividad dejando su evolución a la disciplina de mercado.

A close analysis of these regulatory measures shows that the kind of shift along the public–private divide triggered by the financial crisis of 2007–2009 is very different from the one that followed the Wall Street Crash of 1929. In response to the Wall Street crash of 1929, public authorities in the major industrialized countries extended the use of the visible hand of regulation to prohibit some of the financial instruments created before the crisis, to restrict the freedom of banks to operate in the securities industry, and to discourage financial innovation. In response to the global financial crisis of 2007–2009, public authorities have been wary of subduing or restricting the access to certain markets, or of prohibiting activities or products. The invisible hand of market discipline remains instead an important ally in the attempt to re-regulate OTC derivatives markets, hedge funds and credit rating agencies. While the global financial

---

<sup>568</sup> Aunque a veces no queda más remedio que emplearlas, estas etéreas denominaciones ( mercados, neoliberalismo, etc.) no nos parecen demasiado útiles porque con frecuencia contribuyen a generar un halo mágico sobre el funcionamiento de las instituciones y las dinámicas sociales y políticas, al tiempo que sirven para eludir explicaciones de mayor detalle que precisamente contribuirían mejor al planteamiento de soluciones alternativas. En consecuencia hemos tratado de reducir las a lo largo de todo este trabajo.



crisis of 2007–2009 has significantly altered the public–private divide in the regulation of OTC derivatives, rating agencies and hedge funds, this shift pertains more to the consolidation of the authority to regulate and oversee these markets and institutions in the hands of public regulatory than a change in the purpose and content of their regulatory intervention. (Pagliari, 2012: 61)

Si atendemos a la regulación europea de respuesta a la crisis, la prohibición o limitación de ciertas actividades que han resultado dañinas para la estabilidad financiera resulta cuando menos tibia<sup>569</sup> y sigue confiándose en el sector privado para desempeñar ciertas funciones esenciales para el interés general (agencias de calificación, auditoras, etc.). Parece que efectivamente la vigente división de funciones dentro del sistema financiero entre lo público y lo privado ha adquirido (o al menos parece pretenderlo) carácter estructural o, dicho de otra forma, sigue limitando ampliamente las intervenciones sobre el sistema financiero.

...

Nos referiremos para concluir a dos vectores que dan vida a este paradigma financiero que constituyen el haz y el envés de la estrategia de cauterización operada mediante el poder técnico: (1) la privatización de funciones; (2) la dilución de funciones públicas, en concreto (a) la supervisión y configuración legal del sistema financiero y (b) el funcionamiento del banco central. Lo haremos a partir de tres casos paradigmáticos referidos a las agencias de calificación crediticia, las cajas de ahorros y la política monetaria del BCE, respectivamente.

(1) Privatización<sup>570</sup> de funciones. Las agencias de calificación crediticia

En el sistema financiero característico de una economía de mercado hay un binomio determinante de la asignación de recursos. Nos referimos a la lógica de riesgo y

---

<sup>569</sup> Es el caso de la regulación de los fondos de inversión alternativa, los derivados OTC y las agencias de calificación, la limitación de las ventas en corto, o, sin carácter regulatorio por el momento, la discusión sobre la separación de la banca de inversión y la comercial (sí lo tendrá en EE.UU., que en cierta medida recuperó la separación después de la abrogación en 1999 de la ley bancaria, la *Glass-Steagall Act* de 1933). En esta última materia, el Informe Liikanen de octubre de 2012 (Grupo de expertos de Alto Nivel sobre la reforma estructural del sector bancario) [http://ec.europa.eu/internal\\_market/bank/docs/high-level\\_expert\\_group/report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/high-level_expert_group/report_en.pdf), fue el antecedente de la propuesta regulatoria de la Comisión, actualmente varada en el Parlamento Europeo: “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre medidas estructurales para aumentar la resiliencia de las entidades de crédito de la UE” [COM/2014/043 final - 2014/0020 (COD)]. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52014PC0043>

<sup>570</sup> La privatización no se produce porque antes fueran públicas sino porque aparece un ámbito de actuación privada que asume importancia creciente y determinante en el ejercicio de funciones que afectan al interés (general) del conjunto.

rentabilidad que condiciona la ubicación de las inversiones en función de las preferencias de los inversionistas, pero que también determina la intervención pública<sup>571</sup> en la medida en que el desequilibrio de este binomio puede producir, en un extremo, la escasez de recursos financieros que destinar al conjunto de la economía y, en el otro extremo, la elevación del riesgo con los subsiguientes efectos para la estabilidad financiera y, en último caso, social. En consecuencia, cualquiera que sea la perspectiva, la información es la piedra angular del sistema; así aparece como una función esencial la valoración del riesgo que asumen los distintos actores y del nivel de riesgo permisible por las autoridades financieras. Sin embargo, durante las últimas décadas se ha producido una concentración de funciones en sujetos privados que además ha coincidido con el aumento de la complejidad financiera y, en consecuencia, de la complejidad del análisis de riesgos. El creciente papel que asumen las agencias de calificación de crédito desde mediados de los años setenta obedece a esta dinámica, que también se extiende hasta la función de auditoría, la tasación inmobiliaria y el análisis de riesgos típico de la supervisión financiera, que desde Basilea II ha otorgado mayor confianza a los modelos matemáticos, especialmente a los modelos internos de las entidades financieras de cierto tamaño, en lugar de centrarse en el análisis pormenorizado de carteras<sup>572</sup>. Esta atribución o desplazamiento de funciones esenciales dentro del sistema financiero a entidades de naturaleza privada no se reduce a la valoración de los riesgos, sino que a partir de ella y con carácter más general se extiende a casi todos los procesos a partir de la alusión general a la disciplina de mercado.

En todo caso, el fenómeno encuentra su objeto por antonomasia en las agencias de calificación crediticia. Nos referiremos brevemente a dos cuestiones que articulan la atribución de tareas esenciales del sistema a estas empresas ha generado para la estabilidad financiera: (1) las funciones que desempeñan; (2) la regulación de su actividad.

---

<sup>571</sup> Ya sea una intervención meramente correctora de los fallos del mercado, ya sea una intervención más intensa.

<sup>572</sup> Sobre desregulación y riesgos, puede encontrarse una descripción elocuente en De Barrón et al. 2013: 45 y ss. Lo que parece una constante en las lecturas de los problemas del sistema financiero es la importancia de una correcta valoración de riesgos, sumada a la dificultad de dicha valoración como consecuencia del aumento exponencial de la complejidad y de la sustitución de una supervisión intrusiva y de detalle (“carpeta a carpeta”), por la confianza en agentes y entidades externas (agencias de calificación, auditores, sociedades de tasación, autoevaluación, etc.), así como en la fiabilidad de modelos matemáticos empleados por el propio supervisor.

## *Funciones*

El surgimiento de las agencias de calificación podría remontarnos tan lejos como al surgimiento de la conciencia de la necesidad de valorar los riesgos de las inversiones y, por ende, la calidad financiera de empresas y productos de inversión. Un hito en la larga historia de esta necesidad lo encontramos en la legislación aprobada en pleno *New Deal* (*Securities Exchange Act* de 1934). Entonces, la recién creada Comisión del Mercado de Valores (*Securities Exchange Commission*, SEC) estableció la obligación de calificar las inversiones distinguiendo entre el *investment grade* o inversión segura y el *non investment grade* o inversión de carácter especulativo o no fiable. Como hemos visto anteriormente que ocurría con la administración independiente, en el caso de las agencias, la legislación entonces aprobada suponía un incremento de la actuación legislativa del Estado en favor del control y estabilidad de los mercados financieros.

Sin embargo, a partir de los años 70 se produce un cambio de funcionamiento de las agencias que pasan a facturar no a los inversionistas sino a los calificados, provocando un conflicto de interés, un problema añadido a las ya difíciles posibilidades de valorar correctamente el riesgo de un catálogo de productos financieros creciente en número y complejidad. Conviene tener en cuenta tres factores adicionales:

- Las sucesivas fusiones entre agencias llevaron a la situación actual, de mercado oligopolio en la que tres operadores, las estadounidenses Standard & Poors, Moody's y Fitch Ratings, se reparten el mercado, junto a la recién incorporada agencia canadiense DBRS.
- La legislación prudencial sobre el capital bancario, sobre todo a partir de Basilea II, fue cada vez más consciente de la necesidad de incluir ponderaciones del riesgo de los activos de las entidades financieras; la parte negativa de esta juiciosa estimación fue la obligatoriedad de incluir entre sus carteras activos con determinado grado de calificación crediticia, con la subsiguiente dependencia regulatoria de la calificación de las agencias antes mencionadas.
- La ampliación de este sistema de calificaciones crediticias al endeudamiento público, de los distintos tesoros y demás administraciones públicas, unido a la

generación de informes<sup>573</sup> generales (no calificaciones) sobre el funcionamiento de las economías nacionales, ha situado a las agencias en una situación de poder que condiciona las agendas políticas en línea con la normatividad global del gobierno limitado, especialmente, pero no sólo, cuando se trata de Estados con dificultades de acceso a los mercados<sup>574</sup>.

### *Regulación*

Hasta 2008, la pauta ha sido la autorregulación, tanto en el momento de su surgimiento en EE.UU., como a través de estándares internacionales (IOSCO). En 2004 (versión revisada en 2008) se aprobó el “Código de Fundamentos de Conducta para las Agencias de Rating Crediticio” por parte del Comité Técnico de la OICV/IOSCO. Este código utiliza las técnicas propias de la autorregulación. Como señala Tapia,

Este Código utiliza las técnicas propias de la autorregulación y, por ello, pone el énfasis en la información que las propias ACC deben dar al mercado sobre su forma y grado de aplicación para que sean los sujetos del mercado quienes valoren tales datos en forma de reputación de las calificaciones que realice la agencia de *rating* en cuestión.

En todo caso, como señala Tapia las propias agencias ni siquiera se comprometen jurídicamente a respetar dicho código,

La importancia práctica de este Código reside en que sus medidas han sido adoptadas en los Códigos de Conducta de las principales ACC que operan a nivel global. (...) Existe consenso entre los reguladores de una y otra orilla del Océano Atlántico sobre el hecho de que si bien el código de la OICV/IOSCO constituye el denominador común de la regulación universal de las ACC, su propia naturaleza de instrumento de autorregulación cuya aplicación depende en última instancia de la voluntad de las propias ACC lo convierte en un medio insuficiente para abordar las graves carencias detectadas en el estatuto jurídico de estas ACC a raíz de la crisis financiera global. (Tapia, 2010: 55-56)

La decisión por regularlas se produce ante la insuficiencia de este modelo de autorregulación para analizar la creciente complejidad y la crisis de confianza generada a partir de las turbulencias financieras (2007-2008), si bien el funcionamiento de las agencias venía siendo cuestionado, por motivos operativos y políticos (especialmente, en relación con las prácticas de calificación de la deuda de países emergentes vinculada

---

<sup>573</sup> A menudo generadores de incertidumbre e inestabilidad financiera.

<sup>574</sup> Ya nos hemos referido con anterioridad al traslado de los sentimientos del mercado a las condiciones de financiación de los tesoros de algunos tesoros de la zona euro, más producto del miedo y la pérdida de confianza en la resistencia de la unión monetaria, que en los propios fundamentos económicos, dinámica que contribuyó a realimentar el descenso en picado del *rating* de esos Estados y que no se detuvo hasta la intervención del BCE fue decidida (“whatever it takes” de Draghi y el anuncio del programa OMT 2012).

a su seguimiento de las condicionalidades impuestas por el FMI<sup>575</sup>). En todo caso la sucesión de escándalos como el de Enron y quiebras, en particular, la de Lehman Bros. propiciaron una desconfianza general en su actuación. Tapia resume la situación,

Estos escándalos se caracterizaron por utilizar mecanismos de ocultación y distorsión de la información, en ocasiones sencillos y muchas veces previsibles, pero no previstos por falta de transparencia. Por ello, aquellos escándalos afectaron a todos los sujetos implicados: los propios emisores, los bancos de inversión, y muy especialmente, los auditores y resto de intermediarios informativos (analistas y asesores de inversiones): entre ellos, a las AAC, cuyo papel fue criticado con gran dureza por las autoridades bursátiles de los Estados implicados. (Tapia, 2010: 39).

Esta situación propició un enfoque basado en la necesidad de soluciones técnicas a los fallos detectados, pero siempre desde el mismo paradigma,

En definitiva, cuando la invasión de los mercados financieros por parte de productos estructurados, especialmente de los garantizados con hipotecas, hacía más necesaria una alta calidad de las calificaciones crediticias como el indicador fundamental de la calidad de emisiones de naturaleza tan compleja; las agencias de calificación crediticia no estuvieron a la altura de esa nueva responsabilidad por la falta de calidad de sus calificaciones en el contexto de un mercado oligopolístico que reduce los incentivos para competir y en donde el pago de las calificaciones por los emisores crea un conflicto de intereses objetivo que no siempre se resuelve de forma adecuada. (Tapia 2010: 46-47).

Si nos referimos al caso europeo, esta crisis de confianza en el funcionamiento de las agencias lleva a la decisión de regular<sup>576</sup> los sujetos (las agencias y por tanto, solo indirectamente su objeto, las calificaciones) y, en particular, de exigirles la obligación de registro previo cumplimiento de una serie de requerimientos. Como señala Tapia, entre las cuatro opciones planteadas –autorregulación basada en el Código de IOSCO y otras iniciativas del sector; un código de conducta europeo por el que las agencias se comprometería a cumplir normas voluntarias y recomendaciones; una recomendación de la comisión; o legislación europea (Tapia 2010: 61)- se optó por la última<sup>577</sup>, su legislación imperativa centrada en aspectos como la mejora de la calidad y la transparencia, la gestión interna, los conflictos de interés y la responsabilidad, así como un cierto grado de supervisión a través de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM/ESMA).

---

<sup>575</sup> Esta es una práctica a la que hacíamos referencia al analizar los estándares como cauces pseudojurídicos de imposición de la nueva normatividad dentro del régimen de gobernanza financiera.

<sup>576</sup> Véase el Reglamento UE 1060/2009.

<sup>577</sup> A lo que cabría añadir que en el estudio de impacto efectuado por la Comisión Europea se desecharon otras fórmulas como la creación de una agencia europea o la atribución de funciones al BCE.

Una de las críticas más consistentes a su regulación fue la de que precisamente podía favorecer la confianza en las agencias y sus calificaciones en tanto que entidades supervisadas por ESMA. En respuesta, se trató de aclarar que el registro y (cierto grado) la supervisión no suponían una asunción de las calificaciones, cuya responsabilidad era exclusivamente de las agencias.

...

Apuntamos, para concluir, que los críticos con el funcionamiento de las agencias se debaten entre los que apuestan por una regulación que puntale su papel aunque tratando de ordenarlas y evitar los fallos de mercado (dependencia, oligopolio, conflictos de interés, incorrecto análisis de riesgos, etc.), quienes preferirían una regulación mucho más limitativa de su actuación e incluso de la función subyacente, y quienes, sin necesariamente prohibir su actuación como operadores privados, apuestan por cauces para suplir su responsabilidad en el desempeño de una función esencial del sistema financiero. En esa línea irían algunas de las propuestas descartadas por la Comisión Europea, como la creación de una entidad pública europea de calificación o directamente, su atribución, al BCE. Aquí nos limitamos a constatar cómo se produce la atribución de funciones esenciales –que lo son desde la perspectiva de la correcta asignación de recursos dentro del mercado, pero especialmente desde la de la supervisión y el control de riesgos para la estabilidad financiera- a estas entidades de naturaleza privada.

## (2) Dilución de funciones públicas. Supervisión y cajas de ahorros

En el caso anterior hemos visto que determinadas funciones se trasladan al ámbito privado, incluidos aspectos esenciales de la supervisión de las entidades financieras en tanto que se confía en modelos internos, auditores o calificaciones crediticias privadas. con una intensidad y alcance muy disminuido, ya sea porque dejan demasiado peso a la gestión privada, ya sea porque confían como veíamos en valoraciones de riesgos externos. La situación queda perfectamente expuesta en lo que se ha definido (De Barrón/De Juan/Uría, 2013: 51-52) como dilución internacional del “concepto de supervisión y sus prácticas, que son clave para que la supervisión sea eficaz”, en línea con la instauración de la nueva normatividad que venimos analizando,

La dilución internacional de la supervisión se refleja en diversas estrategias. Se manifiesta en primer lugar cuando se confía la evaluación del sistema al propio mercado y a las agencias de calificación. Ya que en ambos casos sus tareas de análisis son propensas al error, al basarse en la información proporcionada por las propias entidades. Porque la banca maquilla sus cuentas cuando sufre serios problemas. Eso sin contar con los conflictos de intereses que suelen darse entre las entidades, analistas y calificadoras.

También pierde fuerza la supervisión cuando se da prioridad al análisis por encima de la inspección in situ, o sobre el terreno. Esta política adolece igualmente de la falta de fiabilidad de la información proporcionada por las entidades, cuando no está verificada.

Por otra parte, es frecuente ver que en algunas jurisdicciones se sustituye la labor de inspección de las entidades por la de los auditores o consultores externos, cuya función debe ser complementaria y no sustitutiva de aquella, ya que tiene objetivos, técnicas y responsabilidades diferentes.

No es un factor menos importante en la dilución de la supervisión y en el retraso y calidad de los diagnósticos el hecho de sacrificar las funciones de inspección a favor de mecanismos sucedáneos, alguno de los cuales ha fallado estrepitosamente en la actual crisis internacional. Se trata básicamente de los modelos de evaluación del riesgo introducidos en los años noventa por el Comité de Basilea y las pruebas de esfuerzo o stress test, aceptados hoy como panacea universal para disponer de un buen diagnóstico preventivo.

Un caso paradigmático es el de las *cajas de ahorros* en el que a estas tendencias dilusivas de la supervisión se añade a nuestro juicio otro factor disfuncional relacionado con la singularidad de un tipo de entidades que no responden al genotipo del mercado pero que operan en él, por lo que anticipamos que, precisamente, parece que su gestión financiera debiera controlarse mediante una supervisión especialmente intensa acorde con sus singularidades y finalidades (y también, desde luego, proveerse de una adecuada regulación). Sin embargo, estas mismas peculiaridades han provocado una extrañeza – cuando no directa hostilidad- desde el paradigma financiero vigente. No se trata sólo de que desde una suerte de inconsciente colectivo se las considere como una especie de ornitorrincos fuera de su hábitat, un anatema contra la propiedad privada, ni que con argumentos más o menos sólidos se indiquen los problemas que su estructura de propiedad pueda generar. También creemos que hay un problema añadido: por un lado, entidades que carecen de propietarios privados participan del negocio bancario sustrayendo una parte importante a los bancos tradicionales; por otra, suponen un importante acicate para la competencia, no sólo porque al poseer una finalidad social en principio deberían ajustar sus márgenes de ganancia (recordemos que surgieron contra la usura), sino precisamente porque entre sus rasgos definitorios carecen de una presión de los mercados de igual intensidad y no tienen inversionistas que remunerar (por mucho que destinen partes muy importantes de sus beneficios finales a la obra social). Sin embargo, y esta crítica viene desde la perspectiva de los más puristas defensores de la economía de mercado, no siempre se recibe bien la competencia entre sectores tradicionalmente tendentes al oligopolio.

Esa condición un tanto herética en relación con la normatividad global ha generado un fuerte debate durante las últimas décadas y en no pocas jurisdicciones (la última que nos

conste, la española) ha llevado a su desaparición. Citamos *in extenso* la explicación de Ariño por la calidad de la síntesis del proceso,

Las Cajas de Ahorros y, en general, el crédito mutualista y cooperativo fue objeto, desde la década de los 70, de un debate continuado. Una diferente estructura de propiedad y la presencia en ellas de ingredientes políticos levantaba la desconfianza de muchos analistas, que creían más adecuado el modelo típico de gobierno corporativo anglosajón<sup>578</sup>: la sociedad de banca por acciones. (...) Pero desde los 80 el debate se intensificó y se puso en cuestión la existencia de dichas entidades. El debate académico se transformó en debate político, que se extendió en Europa y América, impulsado por el famoso “Consenso de Washington”, a mediados de esta década. En Estados Unidos, a finales de los ochenta y principios de los 90 desaparecieron cientos de entidades de “Savings and loans”; en los mismos años, en Europa, las Cajas como institución desaparecieron en Bélgica, Gran Bretaña e Italia; en Austria se agruparon en torno al Erste Group Bank AG; finalmente en España, después de un largo proceso de reestructuración, la Ley de 26/2013, [sic] de Cajas y Fundaciones Bancarias<sup>579</sup>, ha impuesto la bancarización del sistema convirtiendo las antiguas Cajas en Fundaciones bancarias u ordinarias, partícipes de bancos (según el grado o nivel de participación de estos). (...)

El caso es que la orientación general que inspiró la revolución liberal de los 80 estaba basada en la propiedad privada bien definida, en una libertad sin trabas a los movimientos de capitales, en la competencia libre y universal entre los agentes del mercado financiero y el papel central de los mercados de capitales, presididos por la obtención de rentabilidad para el accionista. Esta fue –y sigue siendo- la política imperante en la Unión Europea, en cuyo marco, como es obvio, las Cajas de Ahorros eran antes bajo sospecha<sup>580</sup>. (Ariño, 2014: 17-18)

Con este mar de fondo global, puede decirse que la práctica desaparición<sup>581</sup> de las cajas de ahorros en España es una de los principales efectos de la crisis y, en concreto, de las condicionalidades impuestas a España dentro del MOU<sup>582</sup> firmado en junio de 2012 y al

---

<sup>578</sup> Liberal. A su funcionamiento nos referíamos al hablar de *Lombard Street* en la primera parte.

<sup>579</sup> Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-13723>

<sup>580</sup> Y añade Ariño (2014: 18) –nada sospechoso de veleidades retóricas- que “los recelos de la UE y del FMI hacia las Cajas han provocado su extinción”, aseveración que compartimos plenamente. Destaca Ariño el poco favorable acercamiento de la Comisión Europea sobre las cajas, por su politización y riesgos para la competencia. No obstante, los tratados no prohíben –dice Ariño- ningún tipo de propiedad (otra cosa será la lógica institucional que en este trabajo venimos desbrozando) y la tesis que relaciona cooperación y parcelación de su actuación con ataques a la competencia es discutida (véase Ariño 2009: 97). En similares términos el FMI (ver la *Technical note on regulation, supervision and governance of the Spanish Cajas*, 2006), ha venido registrando en sus periódicos informes su escasa empatía con un modelo no basado en la propiedad privada (sociedades por acciones), sin perjuicio del valor técnico sus opiniones, como es el caso de su análisis (2006) de la exposición al sector inmobiliario y de la necesidad de una especial vigilancia de los perfiles de riesgo de las cajas por parte del supervisor, habida cuenta de sus dificultades para captar capital en caso de problemas.

<sup>581</sup> Que para la mayoría de expertos es el principal efecto de la crisis financiera en España. Véase, por ejemplo, De Barrón, I., Uría, F., y De Juan, A., *Anatomía de una Crisis*, Deusto, Barcelona, 2013.

<sup>582</sup> Dos comentarios resultan aquí necesarios:

(1) Más allá de su valoración en términos jurídicos y democráticos, la inclusión en el MOU, como condicionalidad, de la reforma/desaparición del modelo de cajas no se encuentra justificada ni por las posibles deficiencias (subsanales) de su configuración legal, ni por la situación de muchas entidades, mejor que la de muchos bancos privados gracias a su gestión. Responde a nuestro juicio y experiencia al



que nos referimos anteriormente. Esto ha supuesto la desaparición de un modelo de banca histórico y de la disminución de la diversidad del sistema financiero, con eventuales efectos sobre la estabilidad y diversificación, y con potenciales obstáculos a servicios financieros y encarecimiento desde la perspectiva de competencia. También ha afectado a buena parte de las actuaciones enmarcadas dentro de la finalidad social de las cajas, con un alto coste para la cohesión social y, no menos importante, territorial.<sup>583</sup> Por otra parte, resulta reseñable que la crisis de un buen número de entidades, cuyo principio del fin se apunta a partir de una de ellas (una entidad de “mayor tamaño” como se refirió a ella el informe preliminar del FMI de primavera de 2012, justo antes de su intervención por parte del Banco de España<sup>584</sup>) se haya llevado por delante un modelo en el que existían muchos ejemplos de buen funcionamiento.

---

recolo que señala Ariño más sobre el modelo que sobre su viabilidad, es decir, más de principio político que técnico. Con las mismas, se podría haber articulado la defensa de su supervivencia.

(2) El mar de fondo viene de muy lejos. En los sucesivos informes FSAP del FMI (véase, por ejemplo, el de 2006) se refleja su cuestionamiento de las cajas de ahorros. Por otra parte, el Real Decreto-ley 11/2010 de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, estableció un catálogo de opciones para las cajas en las que se incluía su bancarización a través de fundaciones bancarias pero también otras figuras como el mantenimiento de su régimen y el ejercicio indirecto de su actividad a través de bancos de los que las cajas no podían perder la propiedad. Al margen de otras soluciones legislativas que pudieran haberse arbitrado con anterioridad (véase, por ejemplo, Ariño 2009), esta solución permitía la supervivencia del modelo. Visto de atrás para adelante, es decir, desde la defunción de las cajas propiciada por el MOU y la Ley 26/2013, puede pensarse que aquella reforma de 2010 es sólo un paso previo hacia el irremediable final. Puede ser que la inercia fuera ya imparable y la crisis del sector en España junto con el tipo de medidas de intervención empleadas, todo ello en el momento más duro de la crisis del Euro, haya hecho el resto; sin embargo, desde un punto de vista estrictamente legislativo la reforma de 2010 incluyó un componente (político-administrativo) consciente de mantenimiento del modelo, por mucho que pudiera no ser suficiente o pasar desapercibido para la Historia.

<sup>583</sup> Según CECA (2017), “durante el año 2016, las entidades que realizan Obra Social invirtieron un total de 734,54 millones de euros,”; en 2008 la cifra era de 2.058 millones (téngase en cuenta, además que la principal entidad, La Caixa apenas ha visto alterados sus datos, con 500 millones aproximadamente, lo que distorsiona notablemente la comparación del conjunto): Véase al respecto el estudio: “El papel de las nuevas fundaciones y cajas de ahorros” (AFI), *FUNCAS - Estudios de la Fundación*, febrero 2017 (en particular la comparativa entre 2008 y 2014 incluida en las pp. 29 a 31). Obviamente la crisis general es un factor relevante, pero creemos que no puede dejar de considerarse como factor principal el cambio de modelo. Algo similar ocurrió en RU e Italia. En todo caso habrá que ver la evolución del sistema. Señala Ariño (2014) que en buena medida dependerá del modelo de actividad que pretendan establecer las fundaciones bancarias. Puede ser, pero en todo caso se habrá pasado de un modelo de configuración legal a una decisión individual de cada entidad (claro que, esto también puede decirse de los bancos a través de la responsabilidad social corporativa).

<sup>584</sup> Nos referimos a Bankia, obviamente, intervenida por el BdE el 9 de mayo de 2012. El informe de conclusiones preliminares del FSAP (Financial Sector Assessment Program) del FMI (<http://www.imf.org/external/np/ms/2012/042512.htm>) adelantado con fecha 25 de abril de 2012 señalaba:

A group of ten banks, most of which have received state support and are in varying degrees of resolution strategy, were identified as being vulnerable. Five of them have been acquired by or merged with other solvent entities. Three are in the process of being auctioned and the remaining two have submitted business plans that have been approved by the central bank. To preserve financial stability, it is critical that these banks, *especially the largest one*, take swift and decisive measures to strengthen their balance sheets and improve management and governance practices.

*Sobre su naturaleza.*

Sobre la naturaleza de las cajas, esta pasa necesariamente por considerar su carácter dual, como entidades de crédito y como entidades que responden a determinados fines asociados a los del Estado social. Así, el TC<sup>585</sup> (lo cita Ariño, 2009: 50) lleva a cabo

el reconocimiento constitucional de entes asociativos o fundacionales. De carácter social, y con relevancia pública. Esta relevancia pública no conduce, sin embargo, necesariamente a su publicación, sino que es propio del Estado social de Derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general. (STC 18/1984, de 7 de febrero).

Como señala Ariño (2009: 50-51), el TC reconoce esa sentencia, entre otros rasgos, su carácter representativo de intereses colectivos y territoriales (enfaticando la necesidad de equilibrio o proporcionalidad entre los grupos representativos), su naturaleza privada aunque social (no pública, confusión frecuente), su autonomía de funcionamiento y lo que a nuestros efectos es de gran relevancia, la tutela o protectorado públicos (Estado y después, principalmente, CC.AA.), que,

no convierte a las Cajas en entes públicos, sino que pone de manifiesto la interacción Estado-Sociedad, si bien las funciones que se atribuyen al primero para satisfacer el interés público presente en toda fundación son particularmente intensas, dada la especial relevancia de las Cajas en el sistema financiero y sus implicaciones para el ahorro y la realización de actividades asistenciales. (STC 18/1984, de 7 de febrero).

Ariño se plantea la pregunta capital de “cuál ha de ser el papel del Estado” en este tipo de entidades, que desde luego no parece que deba ser el de convertirse en instrumento *partitocrático* (2009: 61).<sup>586</sup> Como señalaba el autor en 2009, “si el TC entiende que se debe respetar ‘la configuración legal por la que ha optado el legislador’, lo que este tiene que hacer es cambiar esa configuración legal”, o mejor dicho, lo que puede hacer – lo que entra en el terreno de lo político, que no de lo partidista- es llevar a cabo una configuración legal que salvaguarde los dos elementos del interés general que se ven

---

Véase por ejemplo: <http://www.expansion.com/2012/04/25/empresas/banca/1335371787.html>  
Informe final, (*Spain: Financial Stability Assessment*, IMF Country Report No. 12/137, June 2012)  
<http://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2016/12/31/Spain-Financial-System-Stability-Assessment-25977>

<sup>585</sup> Sobre la jurisprudencia del TC sobre Cajas de Ahorros puede verse: “Jurisprudencia constitucional sobre Cajas de Ahorros”, *Perspectivas del Sistema Financiero-FUNCAS*, nº71, 2001; Rojo Álvarez-manzaneda, R., *El reparto competencial en materia financiera en la doctrina del Tribunal Constitucional. Especial consideración a las Cajas de Ahorros*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

<sup>586</sup> Objetivo presente en la configuración de la administración independiente durante el *New Deal*.

afectados: por un lado la estabilidad financiera, y por otro los fines sociales de estas entidades de crédito.<sup>587</sup>

Si seguimos tratando de responder a la pregunta sobre el papel del Estado en este tipo de entidades financieras (lo que es obviamente una pregunta, sobre quién gobierna el hecho financiero, el paradigma al que nos referíamos con Pagliari<sup>588</sup>, y también, sobre qué debe hacerse desde la dirección de la política económica), debemos ocuparnos de dos cuestiones más: (1) la cuestión sobre la propiedad de las cajas de ahorros; (2) la cuestión de su supervisión.

### *Sobre su propiedad.*

El debate académico sobre la propiedad de las cajas de ahorros no ha conseguido llegar a un consenso si bien puede decirse que desde luego ésta no es pública ni privada, sino más bien social o colectiva (a menudo se indica que no tienen propietarios, al menos directos). Esta situación está en el centro de su problemática, en particular en cuanto al tipo de gestión. Así lo señala el TC cuando precisamente por esa condición admite restricciones a la libertad de empresa.

El TC entiende que las cajas no son una verdadera empresa mercantil (porque no tienen dueño, ni responsables del riesgo que asumen, ni fin de lucro) y, por tanto, su autonomía y libertad de empresa puede verse sometida a una regulación de los poderes públicos, que se sobrepone a la regulación general del crédito y la banca. (Ariño, 2009: 68-69)

Así, la inexistencia de propietarios generaría el clásico problema de agencia, es decir, de legitimidad y equilibrio entre decisiones y responsabilidades, y habría puesto a las cajas entre varios riesgos como la asunción de decisiones partidistas, la asunción de decisiones por la clase burocrática de estas instituciones, es decir, por los gestores. En ese sentido señala Ariño, la lógica de la economía de mercado,

Es bien conocido que la existencia de propietarios, aunque sea una propiedad difusa como la de grandes sociedades cotizadas, lleva consigo el control de los gerentes por la propiedad y, aún sin desconocer los problemas de agencia, la posibilidad de transmitir esos derechos de propiedad (acciones) en el mercado es una garantía frente al cortoplacismo, pues el beneficio que se puede obtener al transmitir la participación será mayor cuanto mejor sea la situación de la empresa cara al futuro (aumentará la

---

<sup>587</sup> No parece que este haya sido el cauce, en la medida en que no se parte de la finalidad social de las cajas y de articular un sistema que asegure esa finalidad al tiempo que preserve la estabilidad financiera. Lo que se hizo a partir de 1985 es tratar de encajarlas en la lógica de mercado (mientras, por cierto, se convertía su finalidad social en una finalidad partidista).

<sup>588</sup> Véase Pagliari (2012).

cotización). Pues bien, nada de esto sucede en las Cajas, por lo que se hace mucho más difícil el control corporativo y fácilmente prevalecerán los intereses de los “ocupantes” de la empresa, que pueden ser de carácter político o social (cuando no personal), distintos a los de la empresa. (Ariño, 2009: 72-73)

En todo caso, la evolución del modelo español de cajas desde 1985, que liberaliza su régimen asemejándolo al de los bancos y propicia tanto su crecimiento como el aumento en la asunción de riesgos, hizo que las cajas se convirtieran en instituciones similares a los bancos en su actividad, pero no en cuanto a su *hábitat*, ni en cuanto las formas de captación de recursos financieros que siguieron siendo las mismos. En particular destaca su mayor dificultad para obtener capital<sup>589</sup>, lo que resulta especialmente problemático en tiempos de crisis financiera como la ocurrida a partir de 2008. “En palabras de Ramón Martín Mateo, ‘las cajas han pasado de la beneficiencia al supercapitalismo sin capital<sup>590</sup>’, y esta incoherencia crea problemas en la práctica” (Ariño 2009: 126). Creemos que en buena medida cabe achacar estos problemas a la confusión entre decisiones políticas y partitocracia, que ha propiciado lo que solo es una aparente paradoja: por un lado la hiperpresencia partidista y por otro la ausencia de decisiones políticas<sup>591</sup> sobre su configuración jurídica y, especialmente, sobre el papel del supervisor como parte fundamental de la actuación pública dentro de los presupuestos del Estado social a los que el propio TC ha vinculado la peculiar naturaleza y finalidad de las cajas de ahorros. A este papel del supervisor en relación con el paradigma financiero nos referiremos para concluir.

---

<sup>589</sup> Sobre la dificultad de levantar capital y las distintas vías seguidas por las cajas para ello, véase Ariño (2009: 126 y ss.) o De Barrón et al. (2013). Como señalan los autores, “el cambio de modelo de negocio de las cajas, de minorista a mayorista [es decir del modelo basado en el equilibrio depósitos-préstamos al modelo que da mayor peso a la financiación en mercados mayoristas], y su propia naturaleza, escasamente apta para la captación de capital, hacían que tuvieran de partida, una posición más difícil que la de los bancos para afrontar una crisis de las características de la actual” (De Barrón et al. 2013: 27).

<sup>590</sup> Un buen resumen de la evolución lo encontramos en De Barrón et al. (2013: 114). Lo reproducimos *in extenso* por su valor:

“Con la llegada de la democracia en 1977, y en el marco de una política de liberalización del sistema en su conjunto, el estatuto de las cajas se va equiparando al de los bancos. El famoso decreto del catedrático Enrique Fuentes Quintana, que fue durante muchos años consejero y miembro del consejo ejecutivo del Banco de España, pretende que evolucionen de su estatus de cuasi banca pública a entidades más abiertas y bajo un control democrático. El espíritu de esta norma era ampliar las actividades financieras más allá de ser “huchas de ahorro”, para entrar en los créditos a pymes y empresas, así como a préstamos al consumo. También se va alineando su régimen de coeficientes obligatorios de caja y de inversiones con el de los bancos. Ello, al tiempo que los impositores y partidos políticos controlaban más la gestión. A partir de 1988, se permitió la expansión territorial fuera de la región de origen, lo que supuso un fortalecimiento del sector, que empezó a competir de tú a tú con la banca, aunque se convirtió en una debilidad con el paso del tiempo”.

<sup>591</sup> Nos referimos a la ausencia de decisiones políticas en defensa del sistema y en coherencia con los presupuestos del Estado social, no a las que efectivamente se han tomado para desmantelarlo.

### *Sobre su supervisión.*

En relación con la teoría de agencia y las cajas de ahorros, parece que la relación entre gestores y propietarios resulta difícil cuando el bien no es de nadie. Como señala Ariño (2009: 117), el problema de responsabilidad (*accountability*) de las entidades con “propiedad difusa”<sup>592</sup>, es que la independencia y profesionalidad de los gestores, aunque imprescindible, no resulta suficiente, en la medida en que es necesario que rindan cuentas por cauces terrenales,

Si por una parte queremos que éstas [las cajas] se vean libres de injerencias políticas y administrativas y, por otra, no hay una Junta General de propietarios, ni un control externo de sus títulos por el mercado, surge el peligro evidente de que los gerentes se apropien de la organización (al menos mientras la ocupan) y rindan cuentas de sus actuaciones ‘ante Dios y ante la Historia’”. (Ariño, 2009: 118)

Este problema se considera fundamental para la preservación del modelo de Cajas. Así, continúa Ariño señalando que,<sup>593</sup>

Resulta, en verdad, inquietante que unas instituciones por las cuales pasa casi la mitad del sistema financiero español no tengan a nadie ante quien responder de sus actuaciones. (...) la única garantía que queda es la que representan los órganos de supervisión del sistema financiero en concreto, los servicios del Banco de España. (Ariño, 2009: 119)

Esa garantía por parte del supervisor a la que alude Ariño, se justificaría en la medida en que existe una propiedad social cuyos beneficios redundan en el interés común; un segundo bien jurídico a proteger es el propio sistema financiero como institución de la sociedad, no meramente destinada a la acumulación, sino al desarrollo económico y al bienestar general. Así que parece que las dificultades de gestión (el problema de agencia) y otras podían resolverse o, cuando menos mitigarse, a través de una *supervisión intensiva*<sup>594</sup>.

---

<sup>592</sup> Problema de agencia. Aunque referido a las propiedades comunales, este problema podría resumirse bien en los términos del debate producido en las Cortes de Cádiz sobre el reparto de baldíos en el que el Conde de Toreno afirmaba que “la propiedad comunal no se conserva porque siendo de todos a la postre no es de nadie”. Y apunta hacia los que se aprovechan de la situación cuando “reducidos a propiedad particular tienen ya un dueño interesado en cultivarlos”, mientras que de la otra manera “deseosos todos de sacar beneficio, nadie se ocupaba de conservarlos” (Piqueras Arenas, 2002).

<sup>593</sup> En todo caso, para Ariño (2009: 117), la garantía del Banco de España debiera completarse por otros cauces como inversores institucionales o instancias independientes de control, etc. ante los que los gestores debieran rendir cuentas).

<sup>594</sup> En el caso español, actuase con mayor o menor laxitud, el supervisor disponía de amplias potestades en relación con la solvencia de las entidades –incluidas facultades sobre directivos, esquemas de remuneración, prácticas de riesgo, etc.- y la contabilidad. Los distintos autores mencionados aquí hacen referencia a la laxitud con que se efectuó dicho control.

A nuestro juicio, la clave es que la configuración del sistema financiero y de la supervisión son decisiones políticas, perfectamente alineadas con el modelo económico general (constitución económica si se prefiere), mientras que el ejercicio de la supervisión en sí tiene un carácter técnico instrumental que debe apuntalarse no solo con la independencia, sino con la reducción de los márgenes de discrecionalidad, con el ajuste entre decisiones y responsabilidad y con un control y coordinación políticos que compruebe que, sin perjuicio de dicho carácter técnico, la actividad supervisora no acaba decidiendo la configuración general del modelo de sistema financiero, como parte integrante de las decisiones de política económica<sup>595</sup>.

La regulación financiera puede contemplar distintos tipos de entidades de crédito y distintos tipos de propiedad, pública, privada y social y la supervisión financiera debe, por su parte, adaptarse a cada modelo bancario y tipo de propiedad, aunando interés social y estabilidad financiera.

### (3) Gobierno por reglas y política monetaria

Junto con la privatización de funciones y la dilución de funciones públicas vinculadas a la supervisión, nos referiremos brevemente para concluir a otro ámbito en el que la dilución de funciones o capacidades públicas viene produciéndose. Este tercer caso afecta a la política monetaria y se ubica también en la confusión de la importancia de instituciones técnicas alejadas de lo partidista con la preservación de un supuesto espacio apolítico que no es más que una congelación de ciertas decisiones políticas sobre la (no) intervención o gobierno limitado.

Al repasar la configuración jurídica de la política monetaria ya planteábamos la necesidad de hablar de un problema que estando directamente vinculado con la racionalidad jurídica es, plenamente, un problema político. La concepción monetarista de la política fiscal, o si se prefiere, la concepción de la política monetaria como una política de reglas en lugar de autoridades, una política automática, “neutra”, y separable de la política fiscal descentralizada.

Los partidarios de la austeridad en Alemania, Estados Unidos y el Reino Unido desconfían de los bancos centrales por los mismos motivos ideológicos por los que rechazan a las legislaturas que aprueban déficits presupuestarios. Pero en el caso de los

---

<sup>595</sup> Y obviamente la inclusión de criterios políticos en la gestión de entidades (también en la supervisión) puede y debe impedirse mediante la regulación y la supervisión.

bancos centrales, sus objeciones son mucho más débiles, porque como señaló David Glasner, economista de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, todos los intentos de crear un sistema monetario automático (sea sobre la base del patrón oro, la regla del k por ciento de Milton Friedman o la “política monetaria basada en reglas” del economista John Taylor de la Universidad de Stanford) fracasaron espectacularmente. (Bradford Delong, 2016)

En las palabras de Bradford Delong se intuye el trasfondo de la opción por una unión monetaria sin unión fiscal y el tipo de mandato del BCE, que son cuestiones políticas que anunciábamos al describir la configuración jurídica de la política monetaria y los problemas derivados de tal configuración. Se trata de una desconfianza en las autoridades monetarias, frente a la “política monetaria basada en reglas (automáticas)”, así como –en la parte fiscal- en los “parlamentos que aprueban déficits presupuestarios”. Una vez más el problema no aparece tanto en las autoridades independientes<sup>596</sup> (bancos centrales), como en que estas no tengan poderes técnicos con márgenes de apreciación “razonables”, sino sólo automatismos, y ello sin perjuicio de estar sujetas a controles y alinear su actuación con la política económica general,

La historia refutó el llamado del economista Henry Simons de la Universidad de Chicago a que la política monetaria esté supeditada a “reglas en vez de autoridades”. La tarea de diseño de la política monetaria no es formular reglas sino más bien instituir autoridades con objetivos, valores y competencia tecnocrática razonables. (Bradford Delong, 2016)

De hecho, la interrelación entre ambos problemas lleva a pensar que cuando no hay una autoridad razonable y las normas son insuficientes, acaba imperando la *realpolitik*. En ese mismo sentido, por mucho que se pretenda la tecnificación del espacio de la política monetaria su imbricación con la política fiscal es completa,

Las acciones de los bancos centrales siempre han sido “política fiscal” en todo su sentido, simplemente porque sus intervenciones modifican el valor actual de los pagos futuros de capital e intereses de los títulos de deuda pública. Pero los bancos centrales pueden hacer mucho más para promover la recuperación económica. Tienen inmensos poderes regulatorios para obligar a los bancos bajo su órbita a conservar capital, prestar dinero a destinatarios históricamente discriminados y servir a las comunidades de las que forman parte. Y tienen muy buenos abogados. (Bradford Delong, 2016)

De esta manera, si se pretende establecer un cortafuegos entre ambas políticas, probablemente nos encontremos bien ante las consecuencias disfuncionales derivadas

---

<sup>596</sup> Como señala De Grauwe la independencia de los bancos centrales es instrumental y está motivada por la constatación empírica de una mayor tendencia al endeudamiento en aquellos Estados cuyos bancos centrales están supeditados a inercias partidistas. Pero ello no significa que la actuación de los bancos centrales no proceda de un mandato político directamente vinculado con los objetivos que la sociedad determina y cuyo cumplimiento controla a través de sus representantes político: “Instrumental independence: the central bank is independent in the sense that it can choose how to achieve the objectives that society, through its representatives, has mandated” (De Grauwe, 2016: 168).

de la anulación del cuadro de mandos del gobierno económico, bien ante la superación de *facto* (y probablemente tardía) del mandato tecnocrático cuando las circunstancias hagan imprescindible la recuperación de los mandos. Ambos parecen escenarios poco deseables desde una perspectiva de racionalización jurídica democrática.

### **5.3 Recapitulación y reflexiones finales.**

Hasta aquí nuestro recorrido por los principales mecanismos a través de los que se articula la normatividad del gobierno limitado. La suma de estos dispositivos jurídicos supone la restricción del espacio disponible para las alternativas económicas o, si se prefiere, del espacio de la concurrencia y el compromiso propios del constitucionalismo democrático. Este fenómeno resulta especialmente visible en la integración europea, que en su intrínseca ambivalencia parece acercarse más a constituir una fórmula de acoplamiento a las pautas de la economía globalizada que a las posibilidades democráticas de gobierno que ofrecería un proyecto de constitucionalismo supranacional.

Para finalizar identificaremos algunas reflexiones finales, si bien el carácter y ubicación postrera de esta parte en el conjunto del trabajo, han facilitado que un buen número de reflexiones de detalle se encuentren a menudo entreveradas a lo largo de la exposición.

(1) Sobre el carácter transnacional de las relaciones internacionales.

La primera constatación que aquí presentamos es la de la configuración del orden internacional como *transnacional*, entendiendo que aunque la división entre lo nacional y lo internacional ya no pueda mantenerse, los Estados siguen siendo los actores principales en el nuevo contexto global. La cooperación internacional a través de regímenes internacionales es, en ese contexto, una respuesta a la constatación de la anarquía o el desorden internacionales y, en concreto, a la ausencia de hegemonía. En consecuencia, su aparición no destaca tanto por ser un cauce para salvar la insuficiencia de los Estados en su capacidad de gobierno de la economía y otros ámbitos (medio ambiente, seguridad, espacios internacionales, etc.), sino para salvar la insuficiencia de las principales potencias para hacer valer sus intereses de forma hegemónica.



En segundo lugar, esto no invalida la posibilidad de una cooperación internacional que responda a finalidades más amplias de gobierno colectivo en las que la acción aislada de los Estados resulta insuficiente, ya sea en los ámbitos sobre los que se extienden regímenes internacionales (financiero, medio ambiente, etc.), ya sea en otros más clásicos (espacio aéreo, marino, ultraterrestre, patrimonio cultural, etc.), o incluso en nuevos espacios (tributario, recursos naturales, justicia penal internacional, etc.). No en vano la configuración transnacional del nuevo orden sitúa la cooperación para fines colectivos globales al alcance de la mano de la voluntad política.

En tercer lugar, tales regímenes en vez de aumentar las capacidades de gobierno mediante la cooperación transnacional, limitan las capacidades de niveles inferiores de gobierno. Al menos cuando se trata de regular aspectos económicos como el comercio y las inversiones o la estabilidad financiera, los regímenes internacionales constituyen a menudo un cauce o correa de transmisión de la normatividad del gobierno limitado. En consecuencia, parece que la relevancia de los Estados en el nuevo orden global transnacional, viene acompañada de una importante redistribución del poder en su seno que normalmente se produce en coherencia con dicha normatividad.

(2) Sobre la ponderación entre lo político y lo técnico.

Como venimos señalando, el proceso de integración europea facilita el acoplamiento a la normatividad económica global a partir de una suerte de mutación en la constitución económica que establece la pauta del gobierno limitado. Esta profunda transformación se produce a lo largo del proceso de integración europea y las disfunciones que genera en el sistema de gobierno económico resultan especialmente visibles tras el desencadenamiento de la crisis, en tanto que precisamente el rasgo principal de esa normatividad es la limitación de las capacidades del gobierno democrático de la economía. Hemos distinguido entre el establecimiento del marco general del modelo económico y la distribución de poderes de intervención, en la que se observan dos dinámicas: el federalismo competitivo y la reconfiguración de la separación de poderes. Esta reordenación del principio de separación de poderes se produce a través de un desplazamiento desde el espacio del compromiso y la concurrencia propio del legislativo hacia los otros dos poderes clásicos. Sin embargo, la constatación principal en relación con esa reordenación es la aparición de una suerte de cuarto poder técnico,

un espacio de lo indisponible políticamente, que se desarrolla fundamentalmente a través de las administraciones de carácter independiente.

No parece que la administración independiente tenga *per se* un problema de encaje constitucional, sino que resulta un instrumento compatible desde una visión dinámica de la constitución, siempre que no favorezca un desequilibrio de poderes con respecto al previsto en la norma fundamental. Ello hace necesaria su configuración jurídica conforme a objetivos bien definidos de naturaleza política, configuración que habría de incluir al menos un sistema de control del cumplimiento de sus fines dentro de la política económica, un control judicial ponderado y una garantía de preservación de las funciones de verdadera naturaleza técnica. En cambio, parece más bien que estos entes pueden estar funcionando como ariete legal de un desapoderamiento del *indirizzo político* (atribuido al Gobierno pero compartido con el legislativo) en beneficio de un aparente espacio de neutralidad técnica que esconde precisamente una disminución de la capacidad de intervención de los poderes públicos en la dirección de la política económica. Además de limitar las alternativas, el problema adicional de reservar un espacio apolítico es que la política siempre encuentra cauces para permear los intersticios del Estado de manera que las autoridades independientes pueden hallarse con cierta frecuencia ante decisiones de naturaleza política. Esto no sólo resulta cuestionable en términos de legitimidad democrática, sino disfuncional, en la medida en que procedimientos, decisiones y responsabilidades no se encuentren bien alineados, e incluso puede acabar afectando a las funciones de estricta naturaleza técnica.

En consecuencia, la oportuna ponderación entre el espacio político, necesariamente amplio dentro de un sistema democrático, y el espacio técnico, independiente y provisto del margen de apreciación adecuado para gestionar la complejidad de específicas funciones estatales, es un reto democrático y funcional de todo sistema constitucional. En particular, parece que si entendemos el constitucionalismo como proceso de racionalización democrática del poder y confiamos en sus posibilidades a escala supranacional, este reto debiera situarse en lugar preferente de la agenda política europea.

(3) Sobre la necesidad de un programa jurídico de desactivación.

Al principio de este trabajo planteábamos que si realizásemos el ejercicio de reducir la idea del constitucionalismo a su expresión esencial, elegiríamos la palabra *límite*. Decíamos entonces que *constitucionalismo* implica necesariamente un límite al poder que se traduce, por un lado, en la limitación recíproca dentro del espacio de gobierno conforme al clásico esquema de división de poderes y al equilibrio mediante un sistema *checks and balances*. También se traduce, por otro lado, en una limitación de la capacidad de actuación, es decir, en una limitación del propio espacio de actuación de los gobiernos y los parlamentos, del espacio de gobierno, al establecerse un espacio de libertad individual (y territorial) vedado o limitado para el soberano (y también para injerencias ilegítimas de otros sujetos). Señalábamos que el concepto de límite nos llevaba intuitivamente al de *delimitación* como acción o efecto de delimitar, de establecer límites, operación típicamente política, sin perjuicio de que su materialización sea típicamente jurídica o incluso predominantemente jurídica. El límite sería entonces el resultado jurídico de una acción –la de delimitar– esencialmente política.

A lo largo de esta segunda parte del bloque crítico hemos tratado de efectuar una operación de deslinde, un esclarecimiento de dónde se encuentran esos límites y mediante qué dispositivos jurídicos se implantan. Hemos procedido a esta operación de deslinde sabiendo que los límites que se establecen con pretensión estructural, son en realidad contingentes, es decir, pueden desplazarse. Dicho en otras palabras, no forman parte del orden natural de las cosas, sino de un paradigma que se encuentra sujeto a decisiones políticas y eventuales transformaciones. Dichas transformaciones pueden seguir estrategias muy diversas. Nosotros apuntamos aquí la posibilidad y conveniencia de establecer un programa jurídico de desactivación de los dispositivos mediante los que se produce la delimitación restrictiva de las capacidades de gobierno democrático. Será ese un programa de necesaria dimensión supranacional europea, pero también estatal (y subestatal) en la medida en que como hemos comprobado, los Estados son los agentes principales de su propia retirada.

En concreto, en el ámbito financiero y monetario, ese programa jurídico de desactivación de los dispositivos mediante los cuales el gobierno limitado se ha

establecido estructuralmente, pasa por una redefinición de la fórmula “unión monetaria sin unión fiscal”, y por el establecimiento de un mandato más transparente para el BCE, tanto en cuanto a la claridad de la transmisión de decisiones políticas que corresponden a autoridades con legitimidad democrática más directa, como en cuanto a su instrumental monetario, objetivos y margen de apreciación. El automatismo de su diseño actual no sólo forma parte de los dispositivos jurídicos del gobierno limitado, sino que se encuentra directamente relacionado con el primero de los problemas que planteábamos, las carencias de la norma de atribución en el seno de la integración europea y, en particular, el carácter incompleto de la UEM.

Finalmente, en cuanto al sistema financiero *stricto sensu*, el programa jurídico de desactivación debería sustentarse en dos movimientos:

(1) Recuperar una concepción común y coherente del sistema financiero en tanto que institución central de la economía y de la sociedad, de cuyo buen funcionamiento depende el bienestar general. Para ello sería preciso aceptar dos ideas. La primera es que dentro de la economía de mercado, el sistema financiero no puede funcionar como un casino, aunque tampoco obviamente como una granja colectiva. Su fin último no debe ser la acumulación, sino la financiación de la economía productiva, si bien para ello resulta preciso que los ahorradores obtengan por sus inversiones réditos razonables en términos de ganancia y riesgo. La segunda idea que una concepción coherente del sistema financiero no debería nunca olvidar es que la estabilidad financiera está al servicio del bienestar social y no al revés, aunque para lograr ese bienestar sea necesario utilizar la alquimia, a fin de alcanzar ambos objetivos simultáneamente. Dicho con toda claridad: sin estabilidad social no es posible la estabilidad financiera, ni viceversa. Ambas ideas constituyen motivos de política financiera por los que se justifican medidas de intervención pública en apoyo del sistema, como los rescates bancarios, pero también son la razón que hace necesaria una permanente adecuación del sistema financiero a los fines generales de la sociedad.

(2) Sujetar las decisiones concretas de política legislativa (incluido el diseño de una completa agenda regulatoria) a su coherencia con tal concepción del sistema financiero.

...

Como apunte final, en un ámbito más amplio que solo podemos esbozar, no creemos que el proyecto europeo pueda seguir siendo la ensoñación de unas élites políticas más o menos ilustradas o más o menos interesadas, sino que antes o después requerirá una conciencia constituyente. No nos referimos a un requisito formalista -como parece sugerir alguna jurisprudencia del TCFA al insistir en la intangibilidad del art. 79 LFB-, sino más bien a un palpito colectivo que nazca de la comprensión de la propia historia, no entendida como monumento funerario a heroicidades nacionales míticas, sino como instrumento de transformación que puede responder a las necesidades presentes y futuras de la comunidad política.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### A. Obras citadas.

ABENDROTH, W (1986). *El estado social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ADAMSKI, D. (2014). “The ESMA Doctrine: a Constitutional Revolution and the Economics of Delegation”. *European Law Review*, nº 6, 812-834.

AGAMBEN, G. (2004). *Estado de Excepción. Homo Sacer II*. Valencia: Pre-Textos.

ALAEZ CORRAL, B. (1995). “Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de octubre de 1993”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, núm. 45, Septiembre-Diciembre, 243-278.

ALBERTÍ ROVIRA, E. (1995). *Autonomía política y unidad económica*. Madrid: Ed. Civitas.

ÁLVAREZ, L. (2013). “Soberanía y democracia en el discurso europeo del Tribunal Constitucional Alemán. ¿Una nueva defensa *ad extra* de la democracia?”. *Teoría y Realidad Constitucional, UNED*, núm. 32, 259-281.

ARENDT, H. (2005). *La condición humana*. Barcelona: Paidós.

---. (2007). *Responsabilidad y Juicio*. Barcelona: Paidós.

---. (2015). *Crisis de la República*. Madrid: Ed. Trotta, Madrid.

ARIÑO, G., (2010). *La necesaria reforma de la Ley de cajas de ahorros*. Madrid: Civitas.

---. (2010b). “El control judicial de las entidades reguladoras: la necesaria expansión del Estado de Derecho”. *Revista de administración pública*, nº 182, 9-37.

---. (2014). *Cajas de ahorros y fundaciones bancarias: un análisis de las instituciones financieras y la regulación que viene*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.

ARIÑO, G., M. GARCÍA PÉREZ (2012). “Sobre la semejanza de las cajas españolas a las italianas en su proceso de reforma”. *Cuadernos de Información económica*, nº 228, 87-94.

ARROYO JIMÉNEZ, L. (2011). “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias”. *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR nº 8.

AUSTIN, J.L. (1971). *Cómo hacer cosas con palabras: Palabras y acciones*. Barcelona: Paidós.

AYUSO, J., J.L. MALO DE MOLINA (2011). “El papel de los bancos centrales durante la crisis financiera: lecciones para el futuro”. *Fundación de Estudios Financieros - Papeles de la Fundación nº49*, 49-64.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (1999). “El control de constitucionalidad del acceso alemán a la tercera fase de la Unión Monetaria. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 31 de marzo de 1998)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 19, Núm. 55, enero-abril, 323-335.

BAGEHOT, W. (1928 [1867]). *The English Constitution*. Oxford: Oxford University Press.

---. (1968 [1863]). *Lombard Street. El Mercado monetario de Londres*. México: FCE.

BAKK-SIMON, K, S.BORGIOLI, C. GIRON et al. (2012). “Shadow Banking in the Euro Area. An Overview”. *ECB Occasional paper Series*, nº 133, abril.

BAQUERO CRUZ, J. (2002). *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas.

BALAGUER, F. (2014). “El pluralismo constitucional como contribución del proceso de integración europea al constitucionalismo global”. En Beneyto Pérez, J.M. (dir.), *El modelo europeo: contribuciones de la integración europea a la gobernanza global* (pp. 53-69). Madrid: Ed.Biblioteca Nueva.



BANCO CENTRAL EUROPEO (2010). “El crecimiento monetario en la zona euro y el programa para el Mercado de Valores”, *BCE Boletín Mensual*, junio, 25-28.

---. (2011). *The European Central Bank, the Eurosystem, the European System of Central Banks*, (4ª ed.). Frankfurt am Main: ECB.

BANCO DE ESPAÑA (1997). *La Unión Monetaria Europea. Cuestiones Fundamentales*. Madrid: Publicaciones del Banco de España.

BARBÉ, E. (1989). “Cooperación y conflicto en las relaciones internacionales. La teoría del régimen internacional”. *Revista CIDOB d’Afers Internationals*, nº 17, 55-67.

---. (2006). *Relaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos.

BAYÓN, J.C. (2007). “Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 24, 111-137.

---. (2008). “¿Democracia más allá del estado?”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 28, abril, 27-50.

---. (2013). “El constitucionalismo en la esfera pública global”. *AFD (XXIX)*, 57-99.

BECK, U. (2014). “Dieta mediterránea para el sueño europeo”. *El País*, 18 de abril de 2014.

BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.) (2014). *El modelo europeo: contribuciones de la integración europea a la gobernanza global*. Madrid: Ed. Biblioteca Nueva.

BERLIN, I. (1969). *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press.

---. (2000). *Vico y Herder: dos estudios en la historia de las ideas*. Madrid: Cátedra.

BEIRNE J., L. DALITZ et al. (2011). “The impact of the Eurosystem’s covered bond purchase programme on the primary and secondary markets”. *ECB Occasional paper series* nº 122, enero.

BEUKERS, T. (2013). “The new ECB and its relationship with the eurozone Member States: between central bank independence and central bank intervention”. *Common market law review*, Vol. 50, nº 6, 1579-1620.

BLANCO VALDÉS, R.L. (2010). *La construcción de la libertad*. Madrid: Alianza Ed.

BRADFORD DELONG J. (2015a). “El error monetarista”. *Project Syndicate*, 30 de marzo de 2015. Web.

---. (2015b). “Los preocupantes ajustes monetarios en EE.UU.”. *El País*, 6 de junio de 2015.

---. (2016). “Rescue helicopters for stranded economies”. *Project Syndicate*, 29 de abril de 2016. Web.

BRAUDEL, F. (1979). *La historia y las ciencias*. Madrid: Alianza Ed.

---. (2006) “La larga duración”. *Revista Académica de Relaciones Internacionales UAM-AEDRI*, Núm. 5, noviembre.

BRENNER, N., J. PECK, N. THEODORE (2014). “New constitutionalism and variegated neo-liberalisation”. En Gill, S., A. Claire Cutler (eds.), *New constitutionalism and world order* (pp. 126-142). Cambridge: Cambridge University Press.

CALVINO, I. (2007). *Las ciudades invisibles*. Madrid: Ed. Siruela.

CANTARO, A. (2010). “Democracia e identidad constitucional después de la «Lissabon Urteil». La integración «protegida»”. *ReDCE*, Año 7, núm. 13, enero-junio, 121-164.

CARR, E.H. (1978). *¿Qué es la historia? (Conferencias "George Maculay Trevelyan" dictadas en la Universidad de Cambridge en enero-marzo de 1961)*. Barcelona: Seix Barral.

---. (2004). *La crisis de los veinte años (1919-1939). Una introducción al estudio de las relaciones internacionales*. Madrid: Los libros de la Catarata, Madrid.

CARRERA HERNÁNDEZ, F.J. (2012). “El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: ¿un impulso a la realización de la Política Económica de la Unión Europea o un tratado superfluo e innecesario?”. *Revista General de Derecho Europeo*, nº 28, octubre, 1-40.

---. (2013). “Nuevos instrumentos para la gobernanza económica en la Unión Europea: el procedimiento de prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos – PDM”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 44, enero/abril, 63-100.

CARUANA, J., K. CORDEWENER (2011). “La historia del Comité de Basilea en materia de regulación de la solvencia: retos pasados, presentes y futuros”. *Perspectivas del sistema financiero*, nº 102, 1-16.

CASEMENT, R. (1904). *Correspondance and Report from His Majesty's Consul at Boma respecting the administration of the Independent State of the Congo*. Londres: Harrison and Sons, Londres.

CASTILLO ORTIZ, P.J. (2014). “La crisis y las transformaciones del Derecho público estatal y europeo vistas por la academia española”. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 165, julio-septiembre, 281-304.

CHAVAGNEUX, Ch. (2004). *Économie politique internationale*. París: Ed. La Découverte.

CIPOLLA C.M., (ed.) (1979). *Historia económica de Europa (2), Siglos XVI y XVII*. Barcelona: Ariel.

---. (1983). *Historia económica de Europa (3), La Revolución Industrial*. Barcelona: Ariel.

CIPOLLA, C.M., J.H. ELLIOT, P. VILAR, et al (1977). *La decadencia económica de los imperios*. Madrid: Alianza Ed.

CISOTTA, R. (2013). “What Role for the European Commission in the New Governance of the Economic and Monetary Union?”. *IAI (Istituto Affari Internazionali) working papers*, nº 24, julio.

CLASSEN, C.D. (2010). “¿Fortalecimiento legítimo del Bundestag o lecho constitucional de Procrustes? Acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el Tratado de Lisboa”. *Teoría y Realidad constitucional UNED*, núm. 25, 237-260.

CLOSA MONTERO, C. J. (2012). “Jugando a ratificar: las reglas de entrada en vigor del nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza del euro”. *Real Instituto Elcano*, ARI 15/2012 de 7 de marzo.

---. (2014). “Cambios institucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE: hacia una mutación constitucional europea”. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 165, julio-septiembre 65-94.

COMÍN, P. (2016). *La crisis de deuda española (1500-2015)*. Madrid: Los libros de la Catarata.

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORROS (2008). *Memoria de Obra Benéfico Social 2008*. Madrid: CECA.

---. (2016). *Memoria de Obra Benéfico Social 2016*. Madrid: CECA.

CONRAD, J. (2000 [1999]). *Heart of Darkness*. Dover: Thrift Editions.

CORTI J., J. PORRAS, C. ROMÁN (2010). “El control *ultra vires* del Tribunal Constitucional alemán. Comentario de la decisión de 06.07.2010 (2 bvr 2661/06, Honeywell)”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 40, septiembre-diciembre, 827-852.

COUR-THIMANN Ph., B. WINKLER (2013). “The ECB’s non standard monetary policy measures. The role of institutional factors and financial structures”. *ECB Working Paper Series*, nº 1528, abril.

COX, R. (1981). “Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory”. *Millennium - Journal of International Studies*, 10, 126-155.

---. (1987). *Production, Power and World Order: Social Forces in the Making of History*. New York: Columbia University Press.

COX R., SINCLAIR, T. (1996). *Approaches to World Order*. Cambridge: Cambridge University Press.

CROCE, B. (1942). *La historia como hazaña de la libertad*. México: FCE.

DE BARRÓN, I., A. DE JUAN, F. URÍA (2013). *Anatomía de una crisis: Cómo la mala gestión y la injerencia política cambiaron la vida de todos y provocaron el rescate financiero*. Madrid: Ed. Deusto.

DE GRAUWE, P. (2013a). “Design failures in the Eurozone. Can they be fixed?”. *London School of Economics, “Europe in Question” Discussion Paper Series*, nº57, febrero.

---. (2013b). “Debt without drowning”. *Project Syndicate*, 9 de mayo de 2013.

---. (2016). *Economics of Monetary Union*. Oxford: Oxford University Press.

DE GREGORIO MERINO, A. (2013). “El Derecho de la Unión y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria”. *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 45, 27-60.

DE MIGUEL BÁRCENA, J. (2011). *El Gobierno de la economía en la Constitución Europea. Crisis e indeterminación institucional*. Barcelona: Bosch Editor.

DEL ARENAL MOYÚA, C. (1987). *Introducción a las relaciones internacionales*. Madrid: Tecnos.

---. (2001). “La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales. Un reto para la teoría y para la política”. *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz/Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak*, nº. 1, 17-86.

DÍAZ, E. (1966). *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Ed. Cuadernos para el Diálogo.

DIEZ Th., J. STEANS. (2005). “A Useful Dialogue? Habermas and International Relations”. *Review of International Studies*, vol. 31, nº 1, enero, 127-140.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J. (2013). “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”. *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR nº 17.

DREZNER, D.W. (2007). *All Politics Is Global: Explaining International Regulatory Regimes*. Princeton: Princeton University Press.

EICHENGREEN, B. (2015). *Hall of Mirrors: the Great Depression, the great recession, and the uses –and misuses- of history*. Oxford: Oxford University Press.

---. (2016). “Confronting the fiscal bogeyman”. *Project Syndicate*, 11 de mayo de 2016. Web.

ELLIOT, J.H. (1977). “La decadencia de España”. En Cipolla, C.M., Elliot, J.H., Vilar, P. et al., *La decadencia económica de los imperios* (pp. 129-155). Madrid: Alianza Ed.

ERIAS REY, A., J.M. SÁNCHEZ SANTOS (1995). “Independencia de los bancos centrales y política monetaria: una síntesis”. *Hacienda Pública Española*, 132, 63-79.

ESTEVE, V. Y M.A. PRATS ALBENTOSA (2011). “La utilización de medidas de política monetaria no convencional frente a la crisis financiera internacional”. *Principios*, nº19, 5-34.

ESTEVE PARDO, J. (2014). “El centinela de Europa se repliega”. *El País*, 17 de abril de 2014.

EUCKEN, W. (1963 [1948]). “El problema político de la ordenación”. En *La Economía de Mercado I* (pp. 25-80). Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones.

FALCÓN Y TELLA, R. (2011). “La reforma del Art. 135 de la Constitución”. *Revista General de Derecho Europeo*, nº 25, octubre, 1-9.

FALLER, H. J. (1992). “Cuarenta años del Tribunal Constitucional Federal Alemán”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, núm. 34, enero-abril, 127-137.

FERNÁNDEZ NAVARRETE, D. (2007). *Fundamentos Económicos de la Unión Europea*. Madrid: Thomson.

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (2013). “Unconventional Monetary Policies - Recent Experiences and Prospects”. *IMF*, 18 de abril.

FONTANELLI, F., G. MARTINICO, P. CARROZZA P., (eds.) (2010). *Shaping rule of law through dialogue: international and supranational experiences*. Groningen: Europa Law Publishing.

FRANCH Y SAGUER, M. (1992). *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*. Madrid: Ed. Civitas.

FRANZIUS, C. (2010). *Europaisches Verfassungsrechtsdenken*. Tubinga: Mohr Siebeck.

FRIEDMAN, M., A.J. SCHWARTZ (1966). *A monetary history of the United States: 1867-1960*. New York: National Bureau of Economic Research.

FUNCAS (2001). “Jurisprudencia constitucional sobre Cajas de Ahorros”. *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº71, 2001.

---. (2011). “Agencias de Calificación Crediticia”. *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº103.

---. (2013). “Construir una unión bancaria”. *Papeles de Economía Española*, nº 137, noviembre.

---. (2017). “El papel de las nuevas fundaciones y cajas de ahorros”. *AFI - Estudios de la Fundación*, febrero.

FUNDACIÓN DE ESTUDIOS FINANCIEROS (2011). “La arquitectura institucional de la refundación del euro”. *Papeles de la Fundación*, nº 49.

GADINIS, S. (2015). “Three pathways to global standards: Private, regulator, and ministry networks”. *The American Journal of International Law*, vol. 109:1, 1-57.

GALBRAITH, J.K. (2007). *El crash de 1929*. Madrid: Ariel.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., T.R. FERNÁNDEZ (2000). *Curso de Derecho Administrativo* (10ªed., 2ª reimpresión). Madrid: Civitas.

GARCÍA PELAYO, M. (1985). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Ed..

GARCÍA RUBIO, M.P. (2012). “Responsabilidad social empresarial y autorregulación: los códigos de conducta y las fuentes del derecho”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 66, Nº 2141, 2-14.

GILL, S. (2003). *Power and Resistance in the New World Order*. New York: Palgrave Macmillan.

---. (2014). “Market civilization, new constitutionalism and world order”. En Gill, S., Claire Cutler, A., (eds.), *New constitutionalism and world order* (pp 29-44). Cambridge: Cambridge University Press.

GILL, S., A. CLAIRE CUTLER, (eds.) (2014). *New constitutionalism and world order*. Cambridge: Cambridge University Press.

GILLE, B. (1983). “La banca y la industrialización europea (1730-1914)”. En Cipolla, C.M. (ed.), *Historia económica de Europa* (3). *La Revolución Industrial* (pp. 265-311). Barcelona: Ariel.

GLAMANN, K. (1979). “El comercio europeo”. En Cipolla C.M. (ed.), *Historia económica de Europa* (2). *Siglos XVI y XVII* (pp.333-409). Barcelona: Ariel.

GLUCH, D., L. SKOVRA NOVÁ, M. STENSTRÖM (2013). “Central Bank Involvement in Macro-Prudential Oversight”. *Legal Working Paper Series ECB.*, nº 14, enero.

GÓMEZ URQUIJO, L. (2013). “El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza dentro del nuevo marco condicional de cohesión social en la Unión Europea”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 44, enero/abril, 521-541.

GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M. (2012). “Crisis ‘subprime’ y soberana: el papel del BCE”. *Política Exterior*, número monográfico, diciembre, 134-145.

GUTIÉRREZ ESPADA, C., M.J. CERVELL HORTAL, J.J. PIERNAS LÓPEZ. *La Unión Europea y su Derecho*. Madrid: Editorial Trotta.



HABERLE, P. (2009). “La regresiva "Sentencia Lisboa" como "Maastricht-II" anquilosada”. *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 12, 397-429.

HABERMAS, J. (2000). *La constelación posnacional*. Barcelona: Paidós.

---. (2010). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Ed. Trotta.

---. (2012). *La constitución de Europa*. Madrid: Ed. Trotta.

HARMES, A. (2014). “New constitutionalism and multilevel governance”. En Gill, S., A. Claire Cutler, (eds.), *New constitutionalism and world order* (pp. 143-158). Cambridge: Cambridge University Press.

HART, H.L.A. (1961). *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press.

---. (1974). “Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado UNAM*, nº 21, 105 a 140.

HAYEK, F.A. (1963 [1954]). “Economía de mercado y política económica”. En Hayek F., D. Villey, K.S. Popper et al, *La Economía de Mercado II* (pp. 11-32). Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones.

---. (1963b). *The constitution of liberty*. Londres: Routledge and Kegan Paul.

HAYEK, F.A, D. VILLEY, K.S. POPPER et al. (1963). *La Economía de Mercado II*. Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones.

HELD, D., A. MCGREW (2002). *Governing Globalisation. Power, Authority and Global Governance*. Cambridge: Polity.

HELLER, H. (1933). “Autoritärer Liberalismus”. *Die Neue Rundschau*, vol. 44, 289-298.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L. (2003). “La unificación de la supervisión prudencial de las entidades de crédito en la Unión Europea”. *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 5, 91-122.

- HOBBSBAWN, E.J. (1994). *L'âge des extremes*. Bruxelles: Editions Complexe.
- . (2003a). *La Era de la Revolución 1789-1848*. Barcelona: Crítica.
- . (2003b). *La Era del Capital 1848-1914*. Barcelona: Crítica.
- . (2009) *La Era del Imperio 1875-1914*. Barcelona: Crítica.
- INSTITUT D'ECONOMIA DE BARCELONA (2016). "Taxation, multinationals and foreign direct investment", *IEB Report 2/2016*.
- IOANNIDIS, M. (2016). "Europe's new transformations: how the EU economic constitution changed during the Eurozone crisis". *Common Market Law Review*, nº 53, 1237–1282.
- IRWIN, N. (2014). *Los alquimistas: tres banqueros centrales y un mundo en llamas*. Barcelona: Ediciones Deusto.
- JOERGES, Ch. (2005). "¿Qué tiene de social-demócrata la constitución económica europea?". *Revista Española de Derecho Constitucional (Nueva Época)*, núm. 73, enero-abril, 9-53.
- JOHNSTON, A. (2015). "Regulating Hedge Funds for Systemic Stability: The EU's Approach". *European Law Journal*, vol. 21, nº 6, noviembre, 758-786.
- JOHNSON, B. (1970). *The politics of money*. Londres: Ed. Jonh Murray ltd.
- KEOHANE, R., NYE, J. (1988). *Poder e interdependencia. La política mundial en transición*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.
- KELSEN, H. (2008). *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM.
- KELSEN, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- KINDLEBERGER Ch.P., y ALIBER, R.Z. (2016). *Manias, Panics, and Crashes. A History of Financial Crisis (7ª ed.)*. Nueva York: Palgrave MacMillan.
- KISSINGER, H. (1996). *Diplomacia*. Barcelona: Ediciones B.

KONDRATIEFF, N. (1956 [1926]). “Los grandes ciclos de la actividad económica”. En Haberler, G. (ed.), *Ensayos sobre el Ciclo Económico* (2ª edición, pp. 35-36). México: FCE.

KRASNER, S. D. (1982). “Structural causes and regimes consequences: regimes as intervening variables”. *International Organization*, vol. 36, n. 2, spring, 185-205.

KRISCH, N. (2010). *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*. Oxford: Oxford University Press.

---. (2013). “Constitutionalism and Pluralism: A reply to Alec Stone Sweet”. *International Journal of Constitutional Law*, 11/2 abril, 501-505.

LAKOFF, G. (2007). *No pienses en un elefante. Lenguaje y debate político*. Madrid: Ed. Complutense.

LANDES, D.S. (2003). *The Unbound Prometheus. Technological change and industrial development in Western Europe from 1750 to the present*. Cambridge: Cambridge University Press.

LAPORTA, F.J. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Ed. Trotta.

LESAGE, D., M. VERMEIREN, S. DIERCKX (2014). “New constitutionalism, international taxation and crisis”. En Gill, S., Claire Cutler, A., (eds.), *New constitutionalism and world order* (pp. 197-210). Cambridge: Cambridge University Press.

LEYSSENS, A. (2008). *The Critical Theory of Robert W. Cox. Fugitive or Guru?* Nueva York: Palmgrave Macmillan.

LÓPEZ CASTILLO, A. (2009). “Alemania en la Unión Europea a la luz de la Sentencia Lisboa de 30 de junio de 2009 del Tribunal Constitucional Federal Alemán”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 87, 337-360.

---. (2011). “La tentativa de respuesta europea a la crisis del euro y de la deuda (griega) al amparo del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario sucinto de la

sentencia de 07.09.2011 (2 BVR 987/10,1485/10, 1099/10)”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 39, mayo/agosto, 487-502.

---. (2014). “Entre europeización y germanización. De la mutante jurisprudencia de apertura del Tribunal Constitucional Federal Alemán en perspectiva”. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 165, julio-septiembre, 117-139.

LÓPEZ ESCUDERO, M. (2012a). “Las interminables reformas de la gobernanza económica de la zona euro”. *Revista General de Derecho Europeo*, nº 27, mayo, 1-9.

---. (2012b). “La politique de change de l’euro”. *Cahiers de droit européen*, Vol. 47, nº 2, 369-432.

LORETZ, S. (2016). “Estamos viviendo un proceso de *race to the bottom* en la tributación sobre sociedades?”. *IEB Report*, 2/2016.

LOUIS, J.V. (1988). *Del Sistema Monetario Europeo a la Unión Monetaria*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

---. (2009). *L’Union européenne et sa monnaie*. Bruxelles: Bruylant.

---. (2012). “Les réponses à la crise”, *Cahiers de droit européen*, Vol. 47, nº 2, 353-367.

---. (2013). “La Sentencia *Pringle*”. *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, enero, 1-20.

MACLEOD, G. (2002). “From Urban Entrepreneurialism to a ‘Revanchist City’? On the Spatial Injustices of Glasgow’s Renaissance”. *Antipode*, vol. 34 (3), julio, 602-624.

MAESTRO BUELGA, G. (2002). “Constitución Económica e Integración Europea”. *Revista de Derecho Político*, núm. 54, 33-111.

MALO DE MOLINA, J.L. (2013). “La respuesta del BCE a la crisis”. *Boletín Económico del Banco de España*, julio-agosto, 115-124.

MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D. (1996). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: McGraw-Hill.

---. (2016). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (9ª ed.). Madrid: Tecnos.

MARTIN Y PÈREZ DE NANCLARES, J. (2003). *El federalismo supranacional: ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?* Bilbao: Europako Mugimenduaren Euskal Kontseilua/Consejo vasco del Movimiento Europeo.

---. (2011). “Órdago del Tribunal Constitucional Alemán al Proceso de Integración Europea (algo más que una Sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)”. *REAF*, núm. 13, 97-145.

---. (2012). “El Nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UEM: Reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los tratados constitutivos”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 42, 397-430.

MARTINEZ CAPDEVILA, C. (2011). “¿Son los acuerdos *inter se* una alternativa a la cooperación reforzada en la UE? Reflexiones al hilo del Tratado de Prüm”. *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 40, 419-439.

MEDINA GUERRERO, M. (2014). “La constitucionalización de la regla del equilibrio presupuestario: integración europea, centralización estatal”. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 165, julio-septiembre, 189-210.

MENÉNDEZ, A.J. (2012). “La mutación constitucional europea”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 96, septiembre-diciembre, 41-98.

---. (2013). “Una concepción alternativa de la identidad constitucional en el Derecho Comunitario: de las excepciones idiosincráticas a la resistencia constitucional colectiva”, *AFDUAM*, 17, pp. 561-580.

---. (2014). “A European Union in Constitutional Mutation?” *European Law Journal*, Vol. 20, No. 2, March, 127–141.

MERLO, V. (2016). “Efectos del impuesto sobre sociedades en la ubicación, la inversión y los beneficios de las filiales de las multinacionales en los países de la Unión Europea”. *IEB Report*, 2/2016.

MESA, R. (1990). *El colonialismo en la crisis del XIX español*. Madrid: Ediciones de cultura hispánica AECL.

MILLARUELO A. y DEL RÍO A. (2013). “Las medidas de política monetaria no convencionales del BCE a lo largo de la crisis”. *Boletín Económico del Banco de España*, enero, 89-99.

MONTERO PASCUAL, J.J. (2016). *Regulación Económica la Actividad Administrativa de Regulación de los Mercados*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MORTATI, C. (2000). *La constitución en sentido material*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

NEUMANN, F. (1987). “On the preconditions and the legal concept of an Economic Constitution”. En Kirchheimer O., F. Neumann, *Social democracy and the rule of law*, (pp. 44-65). Londres: Allen & Unwin.

O'BRIEN, R., M. WILLIAMS (2007). *Global Political Economy. Evolution and Dynamics*, Basingstoke: Palgrave Macmillan.

PAGLIARI, S. (2012). “Who Governs finance? The Shifting Public-Private Divide in the Regulation of Derivatives, rating Agencies and Hedge Funds”. *European Law Journal*, Vol. 18, nº 1, 44-61.

PALAN, R. & A. NESVETAILOVA (2004). “Elsewhere, Ideally Nowhere: Shadow Banking and Offshore Finance”. *Politik* (City University London), 16 (4), 26-34.

PARKER, G. (1979). “El surgimiento de las finanzas modernas en Europa”. En Cipolla C.M. (ed.), *Historia económica de Europa (2). Siglos XVI y XVII* (pp.410-464). Barcelona: Ariel.

PERNICE, I. (2002). “Multilevel Constitutionalism in the European Union”. *European Law Review*, nº5, 511-529.

---. (2011). “Motor or Brake for European Policies? Germany’s New Role in the EU after the Lisbon-Judgment of its Federal Constitutional Court”. *Documento de Trabajo*

del Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo, Serie Unión Europea, núm. 39/2011.

---. (2014). "La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel". En Beneyto Pérez, J.M. (dir.), *El modelo europeo: contribuciones de la integración europea a la gobernanza global* (pp. 15-52). Madrid: Ed.Biblioteca Nueva.

PIQUERAS ARENAS, J.A. (coord.) (2002). *Bienes comunales, propiedad, arraigo y ocupación*. Madrid: Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación.

POLANYI, K. (1989 [1944]). *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*. Madrid: Ed. La Piqueta.

POPPER, K.S. (1947). *The open society and its enemies*. Londres: George Routledge & Sons, Ltd..

PRAET, P. (2015). "Public sector security purchases and monetary dominance in a monetary union without fiscal union". *Conference 'The ECB and its watchers XVI'*, Frankfurt am Main, 11 de marzo de 2015.

---. (2016). "The European Central Bank and its role as lender of last resort during the crisis". *Conference 'The lender of last resort: an international perspective Committee on Capital Markets Regulation'*, Washington D.C, 10 de febrero de 2016.

REMIRO BROTONS, A. (1996). *Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*. Madrid: McGraw-Hill.

---. (2013). "El dilema de la Unión: los límites de Europa como proyecto político". *Conferencia INAP*, Madrid, 23 de enero de 2013.

RITTERBERGER, V. (comp.) (1993). *Regime Theory and International Relations*. Oxford: Clarendon Press.

RODRIK, D. (2012). *La paradoja de la globalización: democracia y el futuro de la economía mundial*. Barcelona: Antoni Bosch Editor.

RODRÍGUEZ ZAPATERO, J.L. (2014). *El Dilema*. Madrid: Ed. Planeta.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R. (2008). *El reparto competencial en materia financiera en la doctrina del Tribunal Constitucional. Especial consideración a las Cajas de Ahorros*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

ROMERO, J.M. (2010). “La hora del sacrificio. Dos minutos que cambiaron a España”. *El País*, 16 de mayo de 2010.

RÖPKE, W. (1963 [1959]). “Balance provisional de la integración económica europea. Examen crítico”. En Hayek F., D. Villey, K.S. Popper et al, *La Economía de Mercado II* (pp. 153-192). Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones.

ROSENAU, J.N., E. CZEMPIEL (eds.)(1992). *Governance without Government: Order and Change in World Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.

ROSS SORKIN, A. (2008). “Lehman Files for Bankruptcy; Merrill Is Sold”. *New York Times*, 14 de septiembre de 2008.

RUIZ ALMENDRAL, V. (2012). “Estabilidad presupuestaria y Reforma Constitucional”. *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 41, 33-110.

RUGGIE, J.G. (1982). "International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order". *International organization*, 36 (2), 379-415.

SAÉNZ DE SANTAMARÍA, P.A. (2013). “El tiempo de las cooperaciones reforzadas y los acuerdos inter se en la Unión Europea: ¿todos los instrumentos llevan a la integración?”. *La Ley Unión Europea*, mes 10, págs. 5-28.

SAID, E.W. (2002). *Orientalismo*. Madrid: Ed. Debate.

SASSEN, S. (2007). *Una sociología de la globalización*, Buenos Aires: Ed. Katz.

---. (2010). *Territorios, autoridad y derechos*. Buenos Aires: Ed. Katz.

---. (2014). “When the global inhabits the national: fuzzy interactions”. En Gill, S., A. Claire Cutler, (eds.), *New constitutionalism and world order* (pp. 115-125). Cambridge: Cambridge University Press.



SCHAFFER, G. (2012). “A Transnational Take on Krisch’s Pluralist Post-National Law”. *European Journal of International Law*, Vol. 23 (2), 565-582.

SCHMITT, C. (1998). *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza.

SERRANO PÉREZ, M. M. (2013). “La Constitución Económica Europea y la gobernanza económica. La Sentencia Pringle: desde la coordinación de la política económica al mecanismo de estabilidad presupuestaria”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (Medellín – Colombia), Vol. 43, nº 118, enero-junio, 61-116.

SHARMAN, J.C. (2006). *Havens in a Storm: the Struggle for Global Tax Regulation*. Ithaca: Cornell University Press.

SLOTERDIJK, P. (2004). *Si Europa despierta. Reflexiones sobre el programa de una potencia mundial en el fin de la era de su ausencia política*. Valencia: Pre-Textos.

SOBOUL, A. (1994). *La Revolución Francesa*. Madrid: Ed. Globus.

SOLANES MULLOR, J. (2016). *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho público español*. Madrid: Congreso de los Diputados.

SOREL, A. (1922). *L’Europe et la Revolution Française*. París: Ed. Plon.

ST. JOHN MACDONALD R., D.M. JOHNSTON (eds.) (2005). *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

STEIN, T. (1994). “La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht”. *Revista de Instituciones Europeas-RDCE*, vol. 21, núm. 3, septiembre-diciembre, 745-769.

STEINER, G. (2005). *La idea de Europa*. Madrid: Ed. Siruela.

STIGLITZ, J. (2016). *El Euro. Cómo la moneda común amenaza el futuro de Europa*. Barcelona: Taurus (Penguin Random House).

STONE SWEET, A. (2012). “A Cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe”. *Journal of Global Constitutionalism*, Vol. 1 Iss. 1, 53-90.

---. (2013). “The Structure of constitutional pluralism: Review of Nico Krisch, Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Post-National Law”. *International Journal of Constitutional Law*, 11/2 abril, 491-500.

STRANGE, S. (1988a). *Casino Capitalism*. Londres: Pinter.

---. (1988b). *States and Markets*. Londres: Pinter.

---. (1996). *The Retreat of the State: the Diffusion of Power in the World Economy*. Cambridge: Cambridge University Press.

---. (1998). *Mad Money: When Markets Outgrow Governments*. Manchester: Manchester University Press.

---. (2012). “¿Qué Teoría? La Teoría en ‘Mad money’?”. *Relaciones Internacionales GERI-UAM*, nº 21, octubre, 123-144.

STRAUBHAAR, T. y VÖPEL, H. (2012). “Estabilización y ajuste: la próxima etapa de la UEM”. *Política Exterior*, número monográfico, diciembre, 126-133.

TAPIA HERMIDA, A.J. (2010). *Las agencias de calificación crediticia*. Pamplona: Aranzadi.

---. (2012). “Naturaleza y funciones de las agencias de calificación crediticia”. *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 103, 3-26.

TEÏLETICHE, J. (2009). *Les hedge funds*. París: Ed. La Découverte.

TERPAN, F. (2015). “Soft Law in the European Union—The Changing Nature of EU Law”. *European Law Journal*, vol. 21, nº 1, enero, 68-96.

THIES, J. (2012). “El euro y Europa: una visión alemana”. *Política Exterior*, número monográfico, diciembre, 50-57.

TOMUSCHAT, C. (2010). "Lisbon - Terminal of the European Integration Process? The Judgment of the German Constitutional Court of 30 June 2009". *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 70, 251-282.

TRUYOL Y SERRA, A. (1998). *Historia del Derecho Internacional*. Madrid: Tecnos.

---. (1999). *La integración Europea (I). Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea*. Madrid: Tecnos.

---. (2004). *La sociedad internacional*. Madrid: Alianza Ed.

TWAIN, M. (1982). *Mississippi Writings (Adventures of Huckleberry Finn)*. Nueva York: Library of America.

---. (2007). *The Gilded Age and Later Novels*. Nueva York: Library of America.

UK INDEPENDENT COMMISSION ON BANKING (2011). "Final Report Recommendations". Londres, septiembre de 2011.

VANTHEMSCHE, G. (1997). *Les paradoxes de l'Etat. L'État face à l'économie de marché XIX et XX siècles*. Bruxelles: Éditions Labor.

VECCHIO, F. (2015). *Primacía del derecho Europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

VILAR, P. (1977). "El tiempo del Quijote". En CIPOLLA, C.M., J.H. ELLIOT, P. VILAR et al., *La decadencia económica de los imperios* (pp. 113-127). Madrid: Alianza Ed.

VON BOGDANDY, A., M. IOANNIDIS (2014). "La deficiencia sistémica en el Estado de derecho. Qué es, qué se ha hecho y qué se puede hacer". *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Núm. 165, julio-septiembre, 19-64.

VV.AA. (1988). *Aspectos jurídicos de las crisis bancarias*, Madrid: Centro de Estudios Judiciales.

WALZER, M. (2015). *Just and Unjust Wars. A moral argument with historical illustrations*. Nueva York: Basic Books.

WEILER, J.H.H. (1995). *Europa, fin de siglo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

---. (1999). *The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*. Cambridge: Cambridge University Press.

WEINGAST, B.R. (1995). "The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development". *Journal of Law Economics and Organization*, abril, 11(1):1-31.

WIGHT, M. (1991). *International Theory. The three traditions*. Londres: Leicester UP.

WOLFE, E. (1982). *Europa y los Pueblos sin Historia*. México: FCE.

## **B. Normas**

Véase anexo I.

## **C. Sentencias.**

### **TJUE<sup>597</sup>**

- Sentencia de 13 de junio de 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, (C-9/56).  
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-9/56&td=ALL>
- Sentencia de 4 de febrero de 1959, *Friedrich Stork & Cie contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, (C-1/58).  
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-1/58&td=ALL>
- Sentencia de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa contra ENEL*, (C- 6/64).  
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-6/64&td=ALL>

---

<sup>597</sup> Se incluyen vínculos al repertorio general de jurisprudencia del TJUE <https://curia.europa.eu>

- Sentencia de 5 de febrero de 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa* (C- 26/62).  
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-26/62&td=ALL>
  
- Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (C- 11/70).  
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-11/70&td=ALL>
  
- Sentencia de 9 de marzo de 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA Simmenthal*, (C-106-77)  
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-106/77&td=ALL>
  
- Sentencia de 26 de mayo de 1982<sup>598</sup>, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica*, (C- 149/79).  
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-149/79&td=ALL>
  
- Sentencia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2005, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea* (C-176/03).  
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-176/03&td=ALL>
  
- Sentencia (Gran Sala) de 22 de noviembre de 2005, *Werner Mangold contra Rüdiger Helm* (C-144/04).  
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-144/04&td=ALL>
  
- Sentencia (Sala Cuarta) de 8 de julio de 2010, *Afton Chemical Limited contra Secretary of State for Transport* (C-343/09).<sup>599</sup>  
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-343/09&td=ALL>
  
- Sentencia (Pleno) de 27 de noviembre de 2012, *Thomas Pringle contra Gouvernement of Ireland y otros* (C-370/12).  
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-370/12&td=ALL>

---

<sup>598</sup> Libre circulación de los trabajadores

<sup>599</sup> Motivación.

- Sentencia (Sala Segunda) de 17 de octubre de 2013, *Billerud Karlsborg AB y Billerud Skärblacka AB contra Naturvårdsverket* (C-203/12).  
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-203/12&td=ALL>
- Sentencia (Gran Sala) de 16 de junio de 2015, *Peter Gauweiler y otros contra Deutscher Bundestag*, (C-62/14)  
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-62/14&td=ALL>
- Sentencia (Gran Sala) de 19 de noviembre de 2013, *Comisión Europea contra Consejo de la Unión Europea* (C-63/12).  
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-63/12&td=ALL>

### **Tribunal Constitucional de España<sup>600</sup>**

- Sentencia 1/1982, de 28 de enero (BOE núm. 49, de 26 de febrero de 1982), *constitución económica*<sup>601</sup>.  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/43>  
<https://www.boe.es/boe/dias/1982/02/26/pdfs/T00001-00009.pdf>
- Sentencia 6/1983, de 4 de febrero (BOE núm. 58, de 9 de marzo de 1983), *separación de poderes*.  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/134>  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1983-7290.pdf>
- Sentencia 18/1984, de 7 de febrero (BOE núm. 59, de 9 de marzo de 1984), *cajas de ahorros*.  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/271>  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1984-6106.pdf>
- Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre (BOE núm. 3, de 3 de enero de 1987), *separación de poderes*.  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/729>

---

<sup>600</sup> Se incluyen vínculos a las decisiones publicadas en el repertorio electrónico del TC <http://hj.tribunalconstitucional.es/es> y a las versiones publicadas en el BOE [https://www.boe.es/diario\\_boe/calendarios.php?c=t](https://www.boe.es/diario_boe/calendarios.php?c=t)

<sup>601</sup> Se refleja la materia en relación con la cual se cita la sentencia en el texto.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1987-161.pdf>

- Declaración 1/1992, de 1 de julio (BOE núm. 177, de 24 de julio de 1992), *Tratado de Maastricht (art. 13.2 CE/art. 8.B.1 TCEE)*.  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6944>  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1992-17448.pdf>
- Sentencia 135/1992, de 5 de octubre (BOE núm. 260, de 29 de octubre de 1992), *potestades del Banco de España*.  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2022>  
<https://www.boe.es/boe/dias/1992/10/29/pdfs/T00040-00048.pdf>
- Sentencia 133/1997, de 16 de julio (BOE núm. 187, de 06 de agosto de 1997), *potestades de la CNMV*.  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3398>  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1997-17718.pdf>
- Declaración 1/2004 (BOE núm. 3, de 04 de enero de 2005), *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*.  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6945>  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2005-111.pdf>
- Sentencia 86/2004 (BOE núm. 129, de 28 de mayo de 2004), *discrecionalidad técnica de la administración*.  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5091>  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2004-9917.pdf>
- Auto 86/2011 de 9 de junio de 2011; *cuestión prejudicial ante el TJUE*.  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/22561>
- Sentencia 93/2015, de 14 de mayo de 2015, (BOE núm. 146, de 19 de junio de 2015), *política económica, estabilidad, función social de la vivienda*.  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24453>  
<https://www.boe.es/boe/dias/2015/06/19/pdfs/BOE-A-2015-6831.pdf>

**TCFA<sup>602</sup> (*Bundesverfassungsgericht*).**

- Sentencia de 20 de julio de 1954 sobre la *Ley de incentivos a las inversiones*, publicada en BVerfGE 4, 7.
- Sentencia de 1 de marzo de 1979 sobre la *Ley de cogestión de los trabajadores* (asuntos 1 BvR 532,533/77, 419/78 y 1 BvL 21/78), publicada en BVerfGE 50, 290.
- Sentencia de 29 de mayo de 1974, *Solange I*, (asunto 2 BvL 52/71), publicada en el BVerfGE 37, 271.
- Sentencia de 22 de octubre de 1986, *Solange II*, (asunto 2 BvR 197/83), publicada en el BVerfGE 73, 339.

Traducción al castellano. *Revista de Instituciones Europeas*, nº14 septiembre-diciembre 1987, pp. 881 y ss.

- Sentencia de 12 de octubre de 1993, *Maastricht* (asuntos 2 BvR 2134/92 y 2159/92), publicada en el BVerfGE 89, 155.
- Sentencia de 31 de marzo de 1998, *Euro* (asuntos 2 BvR 1877/97 and 2 BvR 50/98), publicada en BVerfGE 97, 350.  
[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/03/rs19980331\\_2bvr187797.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/03/rs19980331_2bvr187797.html)
- Sentencia de 7 de junio de 2000, *Banana Market* (asunto 2 BvL 1/97), publicada en BVerfGE 102, 147.  
[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2000/06/ls20000607\\_2bvl000197.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2000/06/ls20000607_2bvl000197.html)
- Sentencia de 30 de junio de 2009, *Lisboa* (2 BvE 2/08, asuntos 2 BvE 2/08, 5/08, 1010/08, 1022/08, 1259/08 y 182/09) publicada en BVerfGE 123, 267 – 437.

---

<sup>602</sup> Se incluyen vínculos a la versión auténtica en alemán de las sentencias recogidas en el repertorio electrónico del TCFA, <http://www.bundesverfassungsgericht.de>



[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/06/es20090630\\_2bve000208.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/06/es20090630_2bve000208.html)

Se ha trabajado con la traducción de Vidal Prado, C., y Elías Méndez, C., en edición del CEPC a cargo de López Castillo, A., Menéndez, A. J., Madrid, 2011;

- Sentencia de 6 de julio de 2010, *Honeywell* (asuntos 2 BVerfGE 2661/06), publicada en BVerfGE 126, 286.

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/07/rs20100706\\_2bvr266106.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/07/rs20100706_2bvr266106.html)

- Sentencia de 2 de marzo de 2010, *Data Retention*, (asuntos 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 y 1 BvR 586/08), publicada en BVerfGE 125, 260.

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/03/rs20100302\\_1bvr025608.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/03/rs20100302_1bvr025608.html)

- Sentencia de 7 de septiembre de 2011, *Grecia*, (Asuntos 2 BvR 987/10, 1485/10, 1099/10), publicada en BVerfGE 129, 124.

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/09/rs20110907\\_2bvr098710.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/09/rs20110907_2bvr098710.html)

- Sentencia de 18 de marzo de 2014, *MEDE* (asuntos 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvR 1824/12, 2 BvE 6/12).

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/03/rs20140318\\_2bvr139012.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/03/rs20140318_2bvr139012.html)

- Sentencia de 21 de junio de 2016, *OMT*. (Asuntos 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13).

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/06/rs20160621\\_2bvr272813.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/06/rs20160621_2bvr272813.html)

### **Tribunal Constitucional de Italia (*Corte Costituzionale italiana*)**

- Sentencia 98/1965 de 16 de diciembre, *Acciaierie San Michele*.

<http://www.giurcost.org/decisioni/1965/0098s-65.html>

- Sentencia 183/1973 de 18 de diciembre, *Frontini*.  
<http://www.giurcost.org/decisioni/1973/0183s-73.html>

### **Tribunal Supremo de EE.UU. (*US Supreme Court*)**

- Caso *Little Rock Nine*. Sentencia de 17 de mayo de 1954, *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954).  
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>  
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>

### **D. Otros documentos oficiales o de instituciones oficiales.**

## **UNIÓN EUROPEA**

### **(1) PRINCIPALES DOCUMENTOS OFICIALES SOBRE AGENDA Y REFORMAS DE LA UE-UEM.**

- Libro Verde sobre la viabilidad de la introducción de bonos de estabilidad Bruselas, 23.11.2011, COM(2011) 818 final.  
[http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/green\\_paper\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/green_paper_es.pdf)
- Conclusiones del Consejo Europeo de 28 y 29 de junio de 2012.  
[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/es/ec/131399.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/131399.pdf)
- Informe de los cuatro presidentes, “Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria”:
  - Informe inicial del Presidente del Consejo Europeo Van Rompuy, 26 de junio de 2012, Carta al Consejo Europeo.  
<file:///C:/Users/rsaugar/Downloads/131290.pdf>
  - *Informe provisional*, 12 de octubre de 2012  
[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ec/132809.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/132809.pdf)

- *Informe final*, diciembre 2012  
[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_Data/docs/pressdata/en/ec/134069.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/134069.pdf)
- “Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria”. Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el informe de los Presidentes del Consejo Europeo, la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Eurogrupo titulado «Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria» (2012/2151(INI))  
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2012-0430+0+DOC+PDF+V0//ES>
- Comunicación de la Comisión «Un Plan director para una Unión Económica y Monetaria profunda y auténtica», 30 de noviembre de 2012, COM(2012) 777 final.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0777&from=ES>
- Orientaciones de la comisión 2014 (programa político Juncker), “Un nuevo comienzo para Europa”.  
[https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech_en_0.pdf)
- Informe de los cinco presidentes, “Realizar la Unión Económica y Monetaria”, 2015.  
[https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/5-presidents-report\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/5-presidents-report_es.pdf)
- Declaración de Bratislava de 16 de septiembre de 2016.  
[file:///C:/Users/rsaugar/Downloads/160916%20Bratislava%20declaration%20and%20roadmap.en16%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/rsaugar/Downloads/160916%20Bratislava%20declaration%20and%20roadmap.en16%20(1).pdf)
- “Libro Blanco sobre el Futuro de Europa”, 1 de marzo de 2017, COM (2017)2025.  
[https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/libro\\_blanco\\_sobre\\_el\\_futuro\\_de\\_europa\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf)

- Reflection paper on the deepening of the Economic and Monetary Union. 31 de mayo de 2017.<sup>603</sup>

[file:///C:/Users/rsaugar/Downloads/Reflection\\_Paper\\_EMU\\_EN.pdf](file:///C:/Users/rsaugar/Downloads/Reflection_Paper_EMU_EN.pdf)

## (2) UNIÓN BANCARIA - SECTOR FINANCIERO

### UNIÓN BANCARIA

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Hoja de ruta hacia una unión bancaria”, 12.9.2012, COM(2012) 510 final.  
<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/ES/1-2012-510-ES-F1-1.Pdf>
- Compilación de Conclusiones del Consejo Europeo “pertinentes” entre 2012 y 2014 efectuada por el Consejo de la UE.  
[file:///C:/Users/rsaugar/Downloads/sn04481.es14%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/rsaugar/Downloads/sn04481.es14%20(1).pdf)
- Acuerdo sobre la transferencia y mutualización de las aportaciones al Fondo Único de Resolución , 14 de mayo de 2014<sup>604</sup> (acuerdo  
<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8457-2014-INIT/es/pdf>
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Hacia la culminación de la unión bancaria”, 24.11.2015, COM(2015) 587 final.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0587&from=en>
- Informe de progreso de la Unión Bancaria elaborado por la Presidencia eslovaca del Consejo (25 de noviembre de 2016):  
<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14841-2016-INIT/en/pdf>

---

<sup>603</sup> Aunque la fecha de cierre de referencias bibliográficas, normativas y otros documentos relevantes es 15 de mayo de 2017, incluimos en el último momento de elaboración de este trabajo el documento publicado por la Comisión con fecha 31 de mayo de 2017 (y previsto ya en el Libro Blanco) por su relevancia en relación con la UEM. No obstante la mayor parte de sus contenidos ya se encontraba en documentos anteriores.

<sup>604</sup> Como señala el propio Acuerdo, el mismo “no afecta a las normas comunes establecidas por el Derecho de la Unión ni modifica su alcance. Antes bien, está concebido como un instrumento complementario de la legislación de la Unión en materia de resolución bancaria”.

- Informa anual (2016) sobre la Unión bancaria del Parlamento Europeo. Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de febrero de 2017, sobre la unión bancaria – Informe anual 2016.  
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0041+0+DOC+PDF+V0//ES>

#### MUS-BCE

- Guía de supervisión bancaria, BCE, Noviembre 2014.  
<https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssmguidebankingsupervision201411.es.pdf?853e94dc49b7c1a9598a96d50594ab3e>

#### SECTOR FINANCIERO

- Informe Liikanen de octubre de 2012 (Grupo de expertos de Alto Nivel sobre la reforma estructural del sector bancario)  
[http://ec.europa.eu/internal\\_market/bank/docs/high-level\\_expert\\_group/report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/high-level_expert_group/report_en.pdf)
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Un sector financiero reformado para Europa”, 15.5.2014, COM/2014/0279 final.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0279&from=ES>
- Datos del último *stress test* hasta la fecha, realizado en 2016 por la EBA:  
<http://www.eba.europa.eu/risk-analysis-and-data/eu-wide-stress-testing/2016>

#### UNIÓN DE MERCADOS DE CAPITALES

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Plan de acción para la creación de un mercado de capitales”, 30.9.2015, COM(2015) 468 final.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0468&from=EN>

- Conclusiones del Consejo (ECOFIN) sobre una Unión de los Mercados de Capitales, 19 de junio de 2015.  
<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10148-2015-INIT/es/pdf>
- Conclusiones del Consejo (ECOFIN), “Plan de Acción de la Comisión para la creación de la unión de los mercados de capitales”, 10 de noviembre de 2015.  
<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13922-2015-INIT/es/pdf>
- Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo, “Acelerar la unión de los mercados de capitales: hacer frente a las barreras nacionales a los flujos de capital”, 28 de marzo 2017, COM(2017) 147 final.  
<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7757-2017-INIT/es/pdf>

#### AGENCIAS DE CALIFICACIÓN

- Informe, “Study on the feasibility of alternatives to credit ratings”, Comisión Europea, diciembre 2015.  
[https://ec.europa.eu/info/system/files/alternatives-to-credit-rating-study-01122015\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/system/files/alternatives-to-credit-rating-study-01122015_en.pdf)
- Informe, “Study on the State of the Credit Rating Market” (Final Report) MARKT/2014/257/F4/ST/OP, Comisión Europea, 1 de enero de 2016.  
[https://ec.europa.eu/info/system/files/state-of-credit-rating-market-study-01012016\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/system/files/state-of-credit-rating-market-study-01012016_en.pdf)

#### (3) CONSEJO EUROPEO, ECOFIN, EUROGRUPO. OTROS DOCUMENTOS Y REFERENCIAS.

- Consejo Europeo de 25-26 de marzo de 2010.  
<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7-2010-REV-1/es/pdf>
- Declaración de la “Cumbre del EURO” de 7 de mayo de 2010.  
<file:///F:/20100507-Statement%20of%20the%20Heads%20of%20State%20or%20government%20of%20the%20Euro%20area-EN.pdf>

- ECOFIN 8-9 de mayo de 2010.<sup>605</sup>  
[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/es/ecofin/114347.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ecofin/114347.pdf)
- Consejo Europeo de 17 de junio de 2010.  
<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13-2010-REV-1/es/pdf>
- Consejo Europeo de 23 de octubre de 2011.  
<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-52-2011-REV-1/es/pdf>
- Declaración de la “Cumbre del EURO” de 26 de octubre de 2011.  
[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/es/ec/125660.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/125660.pdf)

Posteriormente el acuerdo en relación con dotaciones adicionales de capital para las mayores entidades de crédito fue recogido mediante una Recomendación de la EBA (EBA Recommendation on the creation and supervisory oversight of temporary capital buffers to restore market confidence EBA/REC/2011/1).  
<https://www.eba.europa.eu/documents/10180/16460/EBA+BS+2011+173+Recommendation+FINAL.pdf/b533b82c-2621-42ff-b90e-96c081e1b598>

## EUROGRUPO

- Protocolo nº14 anejo al TFUE.  
<file:///C:/Users/Ra%C3%BAI/Downloads/protocol-14-ES.pdf>
- Programa de trabajo primer semestre 2017.  
<file:///C:/Users/Ra%C3%BAI/Downloads/Eurogroup-Work-Programme-I-2017.pdf>

## DOCUMENTACIÓN

- Registro de conclusiones y otros documentos del Consejo Europeo  
[http://www.consilium.europa.eu/register/es/content/out/?typ=SET&i=ADV&RESULTSET=1&DOC\\_ID=&DOS\\_INTERINST=&DOC\\_TITLE=&CONTENTS=&DOC\\_SUBJECT=](http://www.consilium.europa.eu/register/es/content/out/?typ=SET&i=ADV&RESULTSET=1&DOC_ID=&DOS_INTERINST=&DOC_TITLE=&CONTENTS=&DOC_SUBJECT=)

---

<sup>605</sup> Información para prensa. Se recoge aquí por coherencia material y temporal con el resto de documentos.

[CONCL&DOC\\_DATE=&document\\_date\\_single\\_comparator=&document\\_date\\_single\\_date=&document\\_date\\_from\\_date=&document\\_date\\_to\\_date=&MEET\\_DATE=&meeting\\_date\\_single\\_comparator=&meeting\\_date\\_single\\_date=&meeting\\_date\\_from\\_date=&meeting\\_date\\_to\\_date=&DOC\\_LANCD=ES&ROWSPP=25&NRROWS=500&ORDERBY=DOC\\_DATE+DESC](#)

- Orden del día y actas de las reuniones Consejo (formaciones)

<http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/public-register/>

- Documentación EUROGRUPO.

<http://www.consilium.europa.eu/es/council-eu/eurogroup/>

#### (4) ASISTENCIA FINANCIERA

- MOU firmado en 2012 en nombre de España por el Ministro de Economía y Competitividad y el Gobernador del Banco de España.

Publicación inicial en la página electrónica del Banco de España y MINECO (julio de 2012):

[http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2012/120720\\_MOU\\_espanyol\\_2\\_rubrica\\_MECC\\_VVV.pdf](http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2012/120720_MOU_espanyol_2_rubrica_MECC_VVV.pdf)

Publicación en BOE núm. 296 de 10 de diciembre de 2012.

<https://www.boe.es/boe/dias/2012/12/10/pdfs/BOE-A-2012-14946.pdf>

- Para una información más completa de los programas de asistencia a financiera a Grecia puede verse.

[https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-financial-assistance/which-eu-countries-have-received-assistance/financial-assistance-greece\\_en#first-programme-for-greece](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-financial-assistance/which-eu-countries-have-received-assistance/financial-assistance-greece_en#first-programme-for-greece)

- Para una información más completa del conjunto de los programas de asistencia financiera puede verse:

[https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-financial-assistance\\_en](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-financial-assistance_en)



## (5) OTROS DOCUMENTOS

- Comunicación de la Comisión, “Europa 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, 03.03.2010, COM(2010) 2020.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC2020>
- Documento de trabajo de la Comisión Europea “Better Regulation Guidelines”, 19.05.2005, SWD(2015) 111 final.  
[http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/swd\\_br\\_guidelines\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/swd_br_guidelines_en.pdf)
- Comunicación de la Comisión, “Itinerario hacia una representación exterior más coherente de la zona del euro en los foros internacionales”, 23.10.2015, COM(2015) 602 final.  
<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13352-2015-INIT/es/pdf>
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE.”, 28.1.2016, COM(2016) 23 final.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0023&from=EN>

## FONDO MONETARIO INTERNACIONAL

- 2006 FSAP (Financial Sector Assessment Program) - *Spain: Financial System Stability Assessment*, IMF Country Report No. 6/212, June 2006.  
<http://www.imf.org/external/pubs/cat/longres.aspx?sk=19336.0>
- 2006 FSAP - *Technical note on regulation, supervision and governance of the Spanish Cajas*, mayo 2016.  
<http://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2016/12/31/Spain-Financial-Sector-Assessment-Program-Technical-Note-Regulation-Supervision-and-19339>
- 2012 Informe de conclusiones preliminares del FSAP (Financial Sector Assessment Program) 2012 (25 de abril de 2012).  
<http://www.imf.org/external/np/ms/2012/042512.htm>

- 2012 FSAP- *Spain: Financial Sector Stability Assessment*, IMF Country Report No. 12/137, June 2012)  
<http://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2016/12/31/Spain-Financial-System-Stability-Assessment-25977>
- 2013 Estudio comparativo: “Unconventional Monetary Policies. Recent Experiences and Prospects”, VV.AA., 2013.  
<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2016/12/31/Unconventional-Monetary-Policies-Recent-Experiences-and-Prospects-PP4764>

## **E. Notas de prensa**

- Nota de prensa de la U.S. Securities Exchange Commission (SEC) del 14 de septiembre de 2008:  
<https://www.sec.gov/news/press/2008/2008-198.htm>
- Notas de prensa de la Comisión Europea:
  - Sobre el contenido del “paquete de otoño” aprobado en noviembre de 2016.  
[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-3664\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3664_es.htm)
  - Sobre reformas legislativas para fortalecer el sector bancario:  
[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-3731\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3731_es.htm)  
[http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-3803\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3803_en.htm)
  - Sobre la Unión de Mercados de Capital  
Press Release IP/16/1562 de 25 de abril de 2016. “Capital Markets Union: taking stock of the progress made so far.”  
[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-1562\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1562_en.htm)  
Press Release IP/15/5731 30 de septiembre de 2015: “Capital Markets Union: an Action Plan to boost business funding and investment financing.”  
[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5731\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5731_en.htm?locale=en)
  - Sobre la creación de una base imponible consolidada común para el Impuesto de Sociedades (BICIS).  
[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-3471\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3471_es.htm)

- Nota de prensa del BCE de 6 de junio de 2012 sobre las características técnicas de las operaciones monetarias de compraventa (OMT).

[http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/ComunicadosBCE/NotasInformativasBCE/12/Arc/Fic/presbce2012\\_99.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/ComunicadosBCE/NotasInformativasBCE/12/Arc/Fic/presbce2012_99.pdf)



COMPILACIÓN DE REFERENCIAS NORMATIVAS

**1. POLÍTICA MONETARIA**

- (1) Marco general (normas citadas)
- (2) Actuaciones de política monetaria

**2. REGLAS FISCALES**

- (1) Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) y modificaciones posteriores.
- (2) Directrices integradas
- (3) Semestre Europeo - paquete de otoño
- (4) Asistencia financiera

**3. POLÍTICA FINANCIERA**

- A. Estándares internacionales
- B. Normas financieras españolas (citadas)
- C. Normas europeas
  - (1) Regulación (normas citadas)
  - (2) Sistema Europeo de Supervisores Financieros
  - (3) Unión Bancaria

---

<sup>606</sup> Datos actualizados a 15 de mayo de 2017.

## 1. POLÍTICA MONETARIA

(1) Marco general (normas citadas).

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. PROTOCOLO (No 4) SOBRE LOS ESTATUTOS DEL SISTEMA EUROPEO DE BANCOS CENTRALES Y DEL BANCO CENTRAL EUROPEO

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:12016E/PRO/04>

- Decisión del Consejo 98/415 de 29 de junio de 1998 relativa a la consulta de las autoridades nacionales al Banco Central Europeo acerca de los proyectos de disposiciones legales.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31998D0415>

(2) Actuaciones de política monetaria.

### *CBPP1*

- DECISIÓN 2009/16 DEL BANCO CENTRAL EUROPEO de 2 de julio de 2009 sobre la ejecución del programa de adquisiciones de instrumentos de renta fija tipo Pfandbrief (bonos garantizados) (2009/522/CE).

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/1\\_17520090704es00180019.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/1_17520090704es00180019.pdf)

### *CBPP2*

- DECISIÓN 2011/17 DEL BANCO CENTRAL EUROPEO de 3 de noviembre de 2011 sobre la ejecución del segundo programa de adquisiciones de bonos garantizados (2011/744/UE).

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/1\\_29720111116es00700071.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/1_29720111116es00700071.pdf)

### *SMP*

- DECISIÓN 2010/5 DEL BANCO CENTRAL EUROPEO de 14 de mayo de 2010 por la que se crea el programa para mercados de valores (2010/281/UE).

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/1\\_12420100520es00080009.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/1_12420100520es00080009.pdf)

### *OMT*

- La aprobación de este acto se llevó a cabo por el Consejo de Gobierno del BCE y conforme al art. 18 del Estatuto del SEBC y BCE. Las especificaciones técnicas se recogen en la siguiente nota de prensa:

[http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/ComunicadosBCE/NotasInformativasBCE/12/Arc/Fic/presbce2012\\_99.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/ComunicadosBCE/NotasInformativasBCE/12/Arc/Fic/presbce2012_99.pdf)

### *CBPP3*

- DECISIÓN 2014/40 DEL BANCO CENTRAL EUROPEO de 15 de octubre de 2014 sobre la ejecución del tercer programa de adquisiciones de bonos garantizados (2014/828/UE).

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj-jol\\_2014\\_335\\_r\\_0010-es-txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj-jol_2014_335_r_0010-es-txt.pdf)

Modificada por Decisión (UE) 2017/101 del BCE de 11 de enero de 2017.

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex\\_32017d0002\\_es\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32017d0002_es_txt.pdf)

### *ABSPP*

- DECISIÓN (UE) 2015/5 DEL BANCO CENTRAL EUROPEO de 19 de noviembre de 2014 sobre la ejecución del programa de adquisiciones de bonos de titulización de activos (BCE/2014/45).

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj\\_jol\\_2015\\_001\\_r\\_0002\\_es\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj_jol_2015_001_r_0002_es_txt.pdf)

Modificada por

DECISIÓN (UE) 2015/1613 del BCE de 10 de septiembre de 2015

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex\\_32015d0031\\_es\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32015d0031_es_txt.pdf)

DECISIÓN (UE) 2017/102 del BCE de 11 de enero de 2017

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex\\_32017d000301\\_es\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32017d000301_es_txt.pdf)

## *PSPP*

- DECISIÓN (UE) 2015/774 DEL BANCO CENTRAL EUROPEO de 4 de marzo de 2015 sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (BCE/2015/10).

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj\\_jol\\_2015\\_121\\_r\\_0007\\_es\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj_jol_2015_121_r_0007_es_txt.pdf)

Modificada por

DECISIÓN (UE) 2015/2101 del BCE de 5 de noviembre de 2015

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex\\_32015d0033\\_es\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32015d0033_es_txt.pdf)

DECISIÓN (UE) 2015/2464 del BCE de 16 de diciembre de 2015

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj\\_jol\\_2015\\_344\\_r\\_0001\\_es\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj_jol_2015_344_r_0001_es_txt.pdf)

DECISIÓN (UE) 2016/702 del BCE de 18 de abril de 2016

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex\\_32016d0008\\_es\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32016d0008_es_txt.pdf)

DECISIÓN (UE) 2017/100 del BCE de 11 de enero de 2017

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex\\_32017d0001\\_es\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32017d0001_es_txt.pdf)

## *CSPP*

- DECISIÓN (UE) 2016/948 DEL BANCO CENTRAL EUROPEO de 1 de junio de 2016 sobre la ejecución del programa de compras de bonos corporativos (BCE/2016/16).

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex\\_32016d0016\\_es\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32016d0016_es_txt.pdf)

Modificada por

DECISIÓN (UE) 2017/103 DEL BANCO CENTRAL EUROPEO de 11 de enero de 2017 (BCE/2017/4).

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex\\_32017d0004\\_es\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32017d0004_es_txt.pdf)



## 2. REGLAS FISCALES

(1) Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) y modificaciones posteriores.

- Resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento (Amsterdam, 17 de junio de 1997).

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31997Y0802\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31997Y0802(01))

- Reglamento (CE) N° 1466/97 del Consejo de 7 de julio de 1997 relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas (DO L 209, 2.8.1997), modificado en 2005 y en 2011 (por el reglamento UE 1175/2011 integrante del *six pack*<sup>607</sup>).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1495186280754&uri=CELEX:01997R1466-20111213>

- Reglamento (CE) N° 1467/97 del Consejo de 7 de julio de 1997 relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo (DO L 209, 2.8.1997) modificado en 2005 y en 2011 (por el reglamento UE 1177/2011 integrante del *six pack*<sup>608</sup>).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:01997R1467-20111213>

- Reglamento (CE) N° 479/2009 del Consejo de 25 de mayo de 2009 relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO L 145, de 10.6.2009).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1495186394187&uri=CELEX:02009R0479-20140901>

*Six pack*<sup>609</sup>

- Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1495132284643&uri=CELEX:32011L0085>

---

<sup>607</sup> Vertiente preventiva.

<sup>608</sup> Vertiente correctiva.

<sup>609</sup> Téngase en cuenta el distinto ámbito UE/UEM.

- Reglamento (UE) 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1495132140796&uri=CELEX:02011R1173-20111213>

- Reglamento (UE) 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32011R1174&qid=1495132061731>

- Reglamento (UE) 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:02011R1175-20111213>

- Reglamento (UE) 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32011R1176&qid=1495131998603>

- Reglamento (UE) 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32011R1177&qid=1495132221623>

### *Two pack*

- 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 del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32013R0472&qid=1495187519587>

- Reglamento (UE) nº 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013R0473&qid=1495187596833>
- Reglamento Delegado (UE) Nº 877/2013 de la Comisión de 27 de junio de 2013 por el que se completa el Reglamento (UE) no 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013R0877>

*Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza*

- Ley Orgánica 3/2012, de 25 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (...), firmado en Bruselas el 2 de marzo de 2012.  
[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9981](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9981)

*Otros documentos*

- Comunicación de la Comisión por la que se sustituye la Comunicación de la Comisión relativa al marco armonizado para los proyectos de planes presupuestarios y los informes de emisión de deuda en la zona del euro (COM(2014) 675 final de 28.10.2014)  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52014DC0675>
- Posición común sobre flexibilidad en el PEC, adoptada por el ECOFIN de 27 de noviembre de 2015.  
<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14345-2015-INIT/en/pdf>

- Comunicación de la Comisión, “Aprovechar al máximo la flexibilidad que ofrecen las actuales disposiciones del pacto de estabilidad y crecimiento”, 13 de enero de 2015 (com/2015/012 final).  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1421836696150&uri=CELEX:52015DC0012>
- “Especificaciones sobre la implementación del PEC y directrices sobre el formato y contenido de los Programas de Estabilidad y Convergencia”, aprobado por ECOFIN de 3 de septiembre de 2012 (actualizado a 5 de julio de 2016).  
[http://ec.europa.eu/economy\\_finance/economic\\_governance/sgp/pdf/coc/code\\_of\\_conduct\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/pdf/coc/code_of_conduct_en.pdf)
- “Especificaciones sobre la implementación del Two Pack y directrices sobre el formato y contenido de los proyectos de planes presupuestarios”, aprobado por el ECOFIN de 9 de julio de 2013 (actualizado a 30 de septiembre de 2016).  
[http://ec.europa.eu/economy\\_finance/economic\\_governance/sgp/pdf/coc/2014-11-07\\_two\\_pack\\_coc\\_amended\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/pdf/coc/2014-11-07_two_pack_coc_amended_en.pdf)

## (2) Directrices integradas

- PARTE I. Recomendación (UE) 2015/1184 del Consejo de 14 de julio de 2015 relativa a las orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión Europea (DO L 192 de 18.7.2015).  
[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AJOL\\_2015\\_192\\_R\\_0009](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AJOL_2015_192_R_0009)
- PARTE II. Decisión (UE) 2015/1848 del Consejo, de 5 de octubre de 2015, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2015 (DO L 268 de 15.10.2015).  
[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AJOL\\_2015\\_268\\_R\\_0005](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AJOL_2015_268_R_0005)

## (3) Semestre Europeo - paquete de otoño<sup>610</sup>

---

<sup>610</sup> Últimos documentos disponibles a 15 de mayo de 2017. A pesar de que estos documentos están a lo sumo más cercanos al *soft law* que al *hard law*, por coherencia material, se ha optado por la inclusión en este anexo, en lugar de en el apartado de las referencias bibliográficas relativo a documentos oficiales.

- Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento (EPAC).  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2016:725:FIN>
- Informe sobre el mecanismo de alerta (IMA).  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2016:728:FIN>
- Recomendación sobre la política económica de la zona del Euro.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2016:726:FIN>
- Comunicación sobre la orientación presupuestaria conjunta para la zona euro.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2016:727:FIN>
- Dictamen de la Comisión sobre los proyectos de planes presupuestarios de los países de la zona del euro.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2016:730:FIN>
- *Informes-país (country reports)*.  
[https://ec.europa.eu/info/publications/2017-european-semester-country-reports\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/2017-european-semester-country-reports_en)
- Planes nacionales  
[https://ec.europa.eu/info/national-plans/2016-european-semester-national-plans\\_en](https://ec.europa.eu/info/national-plans/2016-european-semester-national-plans_en)
- *Programa de Estabilidad y Convergencia*.

Programas de Estabilidad para los países del Euro y de Convergencia para todos los demás que no lo son.

[https://ec.europa.eu/info/2017-european-semester-national-reform-programmes-and-stability-convergence-programmes\\_en](https://ec.europa.eu/info/2017-european-semester-national-reform-programmes-and-stability-convergence-programmes_en)

En esta web se pueden consultar todos los de España: <http://www.minhap.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/Programasdeestabilidad.aspx>

- *Programas Nacionales de Reformas*.

PNR España 2017:

<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Documents/PNR%202017.pdf>

En esta web se pueden consultar todos los de España:

<http://www.minhap.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/ProgramaNacionalReformas.aspx>

- Recomendaciones por país aprobadas por el Consejo el 12 de julio de 2016 (Diario Oficial de la Unión Europea, C 299, 18 de agosto de 2016).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2016:299:TOC>

- Recomendaciones presentadas por la Comisión (últimas), 22 de mayo de 2017.

[https://ec.europa.eu/info/publications/2017-european-semester-country-specific-recommendations-commission-recommendations\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/2017-european-semester-country-specific-recommendations-commission-recommendations_en)

#### (4) Asistencia financiera

##### *MEFF*

- Reglamento (UE) N° 407/2010 del Consejo de 11 de mayo de 2010 por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera (DO L 118 de 12.5.2010).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02010R0407-20150808>

##### *FEEF*

- Acuerdo previo del Consejo ECOFIN de 9 de mayo de 2010 (afecta a miembros del EURO) y Acuerdo Marco sobre el FEEF, en vigor desde 4 de agosto de 2010 (reformado dos veces). Beneficiarios: Irlanda, Grecia, Portugal (todos ellos con programa) y España.

[http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-11824](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-11824)

##### *MEDE*

- Decisión del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011 que modifica el artículo 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 (2011/199/UE)  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1495187931383&uri=CELEX:32011D0199>
- Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012 (Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 239 de 4 de octubre de 2012).  
<https://www.boe.es/boe/dias/2012/10/04/pdfs/BOE-A-2012-12378.pdf>

### 3. POLÍTICA FINANCIERA

#### (A) ESTÁNDARES INTERNACIONALES

##### FMI

- Lista de estándares adoptados o endosados<sup>611</sup> por el FMI  
<https://www.imf.org/external/standards/scnew.htm>
- Informes sobre la observancia por país de los estándares financieros internacionales (normalmente efectuados en el marco del *Financial Sector Assessment Program* – FSAP)  
<http://www.imf.org/external/NP/rosc/rosc.aspx>
- Estándares propios del FMI (más relevantes)

1999, Code of Good Practices on Transparency in Monetary and Financial Policies:  
Declaration of Principles

<https://www.imf.org/external/np/mae/mft/code/index.htm>

2014, The Fiscal Transparency Code

<http://blog-pfm.imf.org/files/ft-code.pdf>

---

<sup>611</sup> El FMI endosa la práctica totalidad de los estándares de los otros organismos que aquí se recogen.

Estándares sobre datos económicos

<http://dsbb.imf.org/>

G-20

- Declaraciones y otros documentos que suelen dar lugar a estándares internacionales<sup>612</sup>.

[https://www.g20.org/Webs/G20/EN/G20/Summit\\_documents/summit\\_documents\\_node.html](https://www.g20.org/Webs/G20/EN/G20/Summit_documents/summit_documents_node.html)

FSB - Financial Stability Board/Consejo de Estabilidad Financiera.<sup>613</sup>

- Compendio<sup>614</sup> de estándares del FSB para lograr “sistemas financieros sólidos”.

[http://www.fsb.org/what-we-do/about-the-compendium-of-standards/key\\_standards/](http://www.fsb.org/what-we-do/about-the-compendium-of-standards/key_standards/)

## SUPERVISIÓN BANCARIA

Bank for International Settlements (BIS)<sup>615</sup>

---

<sup>612</sup> Se incluye en este apartado por coherencia con su contenido (estándares) con el régimen financiero global. Véanse por ejemplo los puntos 17 y 18 del Comunicado de la cumbre celebrada en Hangzhou (China) en 2016: [https://www.g20.org/Content/DE/Anlagen/G7\\_G20/2016-09-04-g20-kommunique-en.pdf?\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.g20.org/Content/DE/Anlagen/G7_G20/2016-09-04-g20-kommunique-en.pdf?_blob=publicationFile&v=6)

<sup>613</sup> El FSF fue creado en 1999 y en pasó a ser el FSB en 2008 con carácter permanente. Su misión es la de facilitar la cooperación internacional en materia de estabilidad financiera, desarrollo y coordinación de políticas y, especialmente, seguimiento de estándares financieros internacionales (aprobados por otros organismos de los que aquí recogemos). Estudia las vulnerabilidades financieras, plantea acciones de respuesta y efectúa el seguimiento, todo ello con el objetivo de coordinar las medidas nacionales (extenderlas también a países no miembros), tratando de asegurar no sólo la estabilidad financiera sino la limitación del arbitraje regulatorio. Se encuentra en estrecha relación con el G-20, del que recibe mandatos dentro del programa de aquel para la reforma de los mercados financieros y al que eleva distintos informes y documentos.

Sus miembros son los países del G-20 más España, Suiza, Singapur y Hong Kong. Acuden representantes ministeriales, de los bancos centrales y supervisores.

Aunque sus decisiones no son vinculantes, sino que pretenden tener un efecto reputacional o moral, los miembros del FSB asumen ciertas obligaciones: “As obligations of membership, members of the FSB commit to pursue the maintenance of financial stability, maintain the openness and transparency of the financial sector, implement international financial standards (including the 12 key International Standards and Codes), and agree to undergo periodic peer reviews, using among other evidence IMF/World Bank public Financial Sector Assessment Program (FSAP) reports.” <http://www.fsb.org>

<sup>614</sup> El FSB efectúa el seguimiento de las propuestas de reforma del G-20 y del propio FSB, además de el de este compendio de estándares (lleva a cabo *peer reviews* y fomenta la información compartida entre supervisores).

En cuanto al compendio de 12 estándares para sistemas financieros sólidos, se trata de los estándares de otros organismos sobre los que el FSB realiza seguimiento sobre implementación, a fin de lograr su cumplimiento (*race to the top* mundial) utiliza para su seguimiento de su implementación. La mayoría se recogen aquí en los apartados correspondientes.



<https://www.bis.org/index.htm>

- Comité de Basilea/Basle Committee of Banking Supervision

<https://www.bis.org/bcbs/index.htm>

Estándares de Basilea

<https://www.bis.org/bcbs/basel3/compilation.htm>

Programa de trabajo 2017-2018

[https://www.bis.org/bcbs/bcbs\\_work.htm](https://www.bis.org/bcbs/bcbs_work.htm)

## REGULACIÓN DE VALORES

- International Organisation of Securities Commissions/Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO/OICV)<sup>616</sup>.

Objetivos y principios de la regulación de valores:

<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD323.pdf>

Metodología para la implementación:

<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD359-Spanish.pdf>

## CONTABILIDAD

- IFRS Foundation/IASB<sup>617</sup>

<http://www.ifrs.org/IFRSs/Pages/IFRS.aspx>

---

<sup>615</sup> Creado en 1930 para favorecer la cooperación internacional en materia de estabilidad monetaria y financiera. Lo integran actualmente 60 bancos centrales y tiene sede en Basilea. Es además un banco que presta servicio a los bancos centrales y organizaciones internacionales. En su seno se encuentran distintos comités sobre asuntos financieros, el más relevante, el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria (BCBS por sus siglas en inglés) o, simplemente conocido y citado en este trabajo como Comité de Basilea. Integrado por 28 jurisdicciones, establece los estándares internacionales de regulación prudencial bancaria.

<sup>616</sup> Organización con sede en Madrid que agrupa a los supervisores de mercados de valores (más de 115) y promueve principios y estándares de buena regulación-supervisión, a fin de proteger a los inversores, establecer mercados transparentes y favorecer la estabilidad financiera. Sus estándares son endosados y considerados en sus respectivos informes por FMI, G-20 y FSB, entre otros.

Véase el Acuerdo de Sede [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-19646](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-19646)

<sup>617</sup> La Fundación IFRS (International Financial Reporting Standards), es una Fundación independiente con sede en Reino Unido. International Accounting Standards Board/ Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad, de la Fundación IFRS. IASB (que reemplazó en 2001 al IASC) aprueba normas de contabilidad (NIIF). Como la propia IFRS reconoce, “125 de 149 jurisdicciones requieren el uso de las Normas NIIF para todas o la mayoría de empresas con obligación pública de rendir cuentas. La mayoría de jurisdicciones restantes permiten su uso”.

Véase la página electrónica del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) para las normas adoptadas por la UE.

<http://www.icac.meh.es/Normativa/Contabilidad/Internacional/NormInterInfoFina.aspx>

## BLANQUEO DE CAPITALS

- Financial Action Task Force/Grupo de Acción Financiera (FATF-GAFI)<sup>618</sup>.

Lista de recomendaciones:

<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>

## SUPERVISIÓN SEGUROS

- International Association of Insurance Supervision (IAIS)<sup>619</sup>.

Acceso electrónico a *principios y estándares* del IAIS:

<https://www.iaisweb.org/page/supervisory-material/icp-on-line-tool>

## OCDE

- 2014, “Estándar para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras”, aprobado por el Consejo de la OCDE de 15 de julio de 2014 (en respuesta al llamamiento del G-20; incorpora avances como el FATCA, acuerdo internacional de intercambio de información entre EE.UU, RU, Alemania, Francia, Italia y España).

Puede verse su actualización (2017), Editions OCDE, Paris 2017:

<http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/common-reporting-standard/estandar-para-el-intercambio-automatico-de-informacion-sobre-cuentas-financieras-segunda-edicion-9789264268074-es.htm>

---

<sup>618</sup> Organismo intergubernamental creado en 1989 por los ministros de los Estados miembros. Actualmente engloba a 35 jurisdicciones. Su misión es la de alcanzar acuerdos políticos para la elaboración de medidas legislativas y operacionales contra el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y otros ámbitos relacionados con la integridad financiera. Su sede se encuentra en la OCDE, que le presta servicios de secretariado, en París.

<sup>619</sup> Asociación voluntaria de supervisores de seguros con sede en Basilea. Cuenta con supervisores de más de 200 jurisdicciones.

- 2015, “Proyecto OCDE/G20 de Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS)”. Informes finales (con recomendaciones/estándares) presentados el 5 de octubre de 2015.

<http://www.oecd.org/tax/beps-2015-final-reports.htm>

- 2016, Código de liberalización de movimientos de capital de la OCDE.

[http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/CapitalMovements\\_WebEnglish.pdf](http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/CapitalMovements_WebEnglish.pdf)

## **(B) NORMAS FINANCIERAS ESPAÑOLAS (mencionadas)**

- Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-12553>

- Real Decreto-ley 11/2010 de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-11086>

- Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-13723>

- Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-6726>

- Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11435>

## **(C) NORMAS UE**

### *(1) Regulación (normas citadas)<sup>620</sup>*

---

<sup>620</sup> Puede hallarse información completa sobre todas las normas adoptadas y propuestas en negociación en: [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/financial-reforms-and-their-progress/progress-financial-reforms\\_en](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/financial-reforms-and-their-progress/progress-financial-reforms_en)

- Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2011 relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) no 1060/2009 y (UE) no 1095/2010.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:02011L0061-20140702>
  
- Reglamento (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02012R0648-20170401>
  
- Reglamento (UE) No 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012 sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:02012R0236-20140917>
  
- Reglamento (CE) 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:02009R1060-20150621>
  
- Comunicación<sup>621</sup> de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo “El sistema bancario en la sombra. Hacer frente a nuevas fuentes de riesgo en el sector financiero” (COM/2013/0614 final), adoptada 4 septiembre de 2013.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52013DC0614>
  
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre medidas estructurales para aumentar la resiliencia de las entidades de crédito de la UE [COM/2014/043 final - 2014/0020 (COD)].  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52014PC0043>

(2) *Sistema Europeo de Supervisores Financieros.*

---

<sup>621</sup> Sin valor normativo. Se recoge en este apartado por coherencia material.

- Reglamento (UE) 1092/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32010R1092>
- 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 nº 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:02010R1093-20140819>
- 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 nº 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/79/CE de la Comisión.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:02010R1094-20140523>
- 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.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:02010R1095-20140523>
- Reglamento (UE) 1096/2010 del Consejo, de 17 de noviembre de 2010, por el que se encomienda al Banco Central Europeo una serie de tareas específicas relacionadas con el funcionamiento de la Junta Europea de Riesgo Sistémico.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32010R1096>
- Directiva 2010/78/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por la que se modifican las Directivas 98/26/CE, 2002/87/CE, 2003/6/CE, 2003/41/CE, 2003/71/CE, 2004/39/CE, 2004/109/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2009/65/CE en relación con las facultades de la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), la Autoridad Europea de Supervisión

(Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación) y la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1495127783458&uri=CELEX:02010L0078-20110104>

### (3) *Unión Bancaria.*

#### Supervisión.

- Reglamento (UE) n.º 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito (DOUE núm. 287, de 29 de octubre de 2013).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32013R1024>

- Reglamento (UE) n.º 468/2014 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas (Reglamento Marco del MUS) (BCE/2014/17) (DOUE de 14 de mayo).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32014R0468>

- Reglamento (UE) 2016/445 del Banco Central Europeo, de 14 de marzo de 2016 sobre el ejercicio de las opciones y facultades que ofrece el Derecho de la Unión.<sup>622</sup>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32016R0445&qid=1495128404124>

#### Resolución y Garantía de Depósitos.

- Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014 por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios

---

<sup>622</sup> Se recuerda que conforme a esta norma, el BCE ejerce como autoridad competente las opciones nacionales que la normativa prudencial contenida en reglamentos europeos atribuye a los supervisores de los Estados miembros y que tras la creación de la Unión Bancaria quedan uniformadas bajo el supervisor único.

de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) no 1093/2010.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32014R0806&qid=1495128517297>

- Acuerdo sobre la transferencia y mutualización de las aportaciones al Fondo Único de Resolución
- <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?f=ST+8457+2014+INIT&l=es>
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 806/2014 a fin de establecer un Sistema Europeo de Garantía de Depósitos (24.11.2015 COM (2015) 586 final).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52015PC0586>





## ANEXO II

### CÓDIGO NORMATIVO ÚNICO UE / EUROPEAN SINGLE RULE BOOK<sup>623</sup>

(Regulación prudencial, resolución bancaria y garantía de depósitos).

#### ÍNDICE

#### **1. Regulación prudencial.**

##### 1.1 Marco regulatorio básico.

##### 1.2 Desarrollo y ejecución del Reglamento 575/2013.

*Reglamentos delegados de la Comisión (Art. 290 TFUE).*

*Reglamentos de ejecución de la Comisión.*

*Reglamentos delegados de la Comisión que aprueban “Normas Técnicas de Regulación” (EBA).*

*Reglamentos de ejecución de la Comisión que establecen “Normas Técnicas de Ejecución” (EBA/ESMA).*

##### 1.3 Desarrollo y ejecución de la Directiva 2013/36/UE.

*Reglamentos delegados – normas técnicas de regulación.*

*Reglamentos de ejecución – normas técnicas de ejecución.*

##### 1.4 Directrices EBA.

#### **2. Reestructuración y resolución de entidades de crédito**

##### 2.1. Marco regulatorio básico

##### 2.2. Desarrollo y ejecución del Reglamento 806/2014.

*Reglamentos delegados de la Comisión (art. 290 TFUE)*

*Reglamento de ejecución del Consejo.*

##### 2.3. Desarrollo y ejecución de la Directiva 2014/59/UE

*Reglamentos delegados de la Comisión (art. 290 TFUE)*

*Reglamentos delegados - normas técnicas de regulación.*

*Reglamentos de ejecución – normas técnicas de ejecución.*

##### 2.4. Otros textos

---

<sup>623</sup> Para más detalle puede verse: <http://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy>

## 1. Regulación prudencial.

### 1.1 Marco regulatorio básico.

- REGLAMENTO (UE) N° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 (DOUE de 27 de junio de 2013).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:02013R0575-20160719>

- DIRECTIVA 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (DOUE de 27 de junio de 2013).<sup>624</sup>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02013L0036-20150101&from=EN>

Modificada por:

- DIRECTIVA 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014.
- DIRECTIVA 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014.

Rectificada por Rectificación DOUE L 208, 2.8.2013.

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32013L0036>

### 1.2 Desarrollo y ejecución del Reglamento (UE) 575/2013.

#### *Reglamentos delegados de la Comisión (Art. 290 TFUE).*

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/61 DE LA COMISIÓN, de 10 de octubre de 2014, por el que se completa el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe al requisito de cobertura de liquidez aplicable a las entidades de crédito (Artículo 460)<sup>625</sup>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R0061&from=ES>

Información completa:

---

<sup>624</sup> En España, la incorporación de la Directiva 2013/36 se ha producido a través de las siguientes normas:

- Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.
- Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.
- Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.
- Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n° 575/2013.
- Real Decreto 358/2015, de 8 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.
- Circular 2/2014, de 23 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el ejercicio de diversas opciones regulatorias en materia de solvencia para las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables.

<sup>625</sup> El artículo o artículos entre paréntesis en cada reglamento hace referencia a los artículos del Reglamento 575/2013 que le sirven de base legal.

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2015.011.01.0001.01.SPA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.011.01.0001.01.SPA)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/62 DE LA COMISIÓN, de 10 de octubre de 2014 , por el que se modifica el Reglamento (UE) n ° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo al ratio de apalancamiento (Artículo 456.1.j).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R0062&from=ES>

Información completa:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2015.011.01.0037.01.SPA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.011.01.0037.01.SPA)

### ***Reglamentos de ejecución de la Comisión.***<sup>626</sup>

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2016/2227 DE LA COMISIÓN de 9 de diciembre de 2016 relativo a la prórroga de los períodos transitorios relacionados con los requisitos de fondos propios por las exposiciones frente a entidades de contrapartida central indicadas en los Reglamentos (UE) n° 575/2013 y (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (Art. 497.2).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R2227&from=EN>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32016R2227>

### ***Reglamentos delegados de la Comisión que aprueban “Normas Técnicas de Regulación” (EBA).***

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) N° 183/2014 DE LA COMISIÓN de 20 de diciembre de 2013 por el que se completa el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación para especificar el cálculo de los ajustes por riesgo de crédito específico y por riesgo de crédito general (Art. 110.4).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0183&from=EN>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32014R0183>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 241/2014 DE LA COMISIÓN de 7 de enero de 2014 por el que se completa el Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación aplicables a los requisitos de fondos propios de las entidades.

(Afecta a su artículo 26, apartado 4, párrafo tercero; su artículo 27, apartado 2, párrafo tercero; su artículo 28, apartado 5, párrafo tercero; su artículo 29, apartado 6, párrafo tercero; su artículo 32, apartado 2, párrafo tercero; su artículo 36, apartado 2, párrafo tercero; su artículo 41, apartado 2, párrafo tercero; su artículo 52, apartado 2, párrafo tercero; su artículo 76, apartado 4, párrafo tercero; su artículo 78, apartado 5, párrafo tercero; su artículo 79, apartado 2, párrafo tercero; su artículo 83, apartado 2, párrafo tercero; su artículo 481, apartado 6, párrafo tercero, y su artículo 487, apartado 3, párrafo tercero).

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.074.01.0008.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.074.01.0008.01.ENG)

Modificado por:

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/488 DE LA COMISIÓN de 4 de septiembre de 2014.
- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/850 DE LA COMISIÓN de 30 de enero de 2015.

---

<sup>626</sup> Sólo se cita el último de estos reglamentos (todos ellos de prórroga) en relación con el art. 497.2 del Reglamento 575/2013. Los anteriores pueden consultarse en:

[http://ec.europa.eu/finance/bank/regcapital/acts/implementing/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/finance/bank/regcapital/acts/implementing/index_en.htm)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/923 DE LA COMISIÓN de 11 de marzo de 2015.
- REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 342/2014 DE LA COMISIÓN de 21 de enero de 2014 que completa la Directiva 2002/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la aplicación de los métodos de cálculo de los requisitos de adecuación del capital aplicables a los conglomerados financieros. (Art. 49.6).  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0342&from=EN>

Información completa del Reglamento:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32014R0342>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 523/2014 DE LA COMISIÓN de 12 de marzo de 2014 por el que se complementa el Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación para determinar qué es lo que constituye la estrecha correspondencia entre el valor de los bonos garantizados de una entidad y el valor de sus activos (Art. 33.4).  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0523&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.148.01.0004.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.148.01.0004.01.ENG)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 529/2014 DE LA COMISIÓN de 12 de marzo de 2014 por el que se completa el Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación para evaluar la importancia de las ampliaciones y modificaciones del método basado en calificaciones internas y del método avanzado de cálculo (Art. 143.5 Y 312.4)..  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02014R0529-20150709&from=EN>

Modificado por el REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/942 DE LA COMISIÓN de 4 de marzo de 2015.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32015R0942>

Información completa del Reglamento:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:02014R0529-20150709>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 528/2014 DE LA COMISIÓN de 12 de marzo de 2014 por el que se completa el Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación para el riesgo distinto de delta de las opciones en el método estándar del riesgo de mercado (ARTÍCULOS 329.3, 352.6 Y 358.4).  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02014R0528-20160602&from=EN>

Modificado por el REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/861 DE LA COMISIÓN de 18 de febrero de 2016 y Rectificado por Rectificación, DOUE L 265, 05.09.2014.

Información completa del Reglamento:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:02014R0528-20160602>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 525/2014 DE LA COMISIÓN de 12 de marzo de 2014 por el que se completa el Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación para la definición de «mercado» (Art. 341.3).  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0525&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.148.01.0015.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.148.01.0015.01.ENG)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 526/2014 DE LA COMISIÓN de 12 de marzo de 2014 por el que se completa el Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación para la determinación de un diferencial comparable y un número limitado de carteras menores a efectos del riesgo de ajuste de valoración del crédito (Art. 383).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0526&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.148.01.0017.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.148.01.0017.01.ENG)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 625/2014 DE LA COMISIÓN de 13 de marzo de 2014 por el que se completa el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante normas técnicas de regulación en las que se especifican los requisitos aplicables a las entidades inversoras, patrocinadoras, acreedoras originales y originadoras en relación con las exposiciones al riesgo de crédito transferido (Art. 410.2).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02014R0625-20151028&from=EN>

Rectificado por el REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/1798 DE LA COMISIÓN de 2 de julio de 2015 publicado en DOUE L 263 08.10.2015.

Información completa del Reglamento:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:02014R0625-20151028>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 1187/2014 DE LA COMISIÓN de 2 de octubre de 2014 por el que se completa el Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación para determinar la exposición global frente a un cliente o un grupo de clientes vinculados entre sí con respecto a las operaciones con activos subyacentes (Art. 390.8).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R1187&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.324.01.0001.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.324.01.0001.01.ENG)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/585 DE LA COMISIÓN de 18 de diciembre de 2014 por el que se completa el Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación para la especificación de los períodos de riesgo del margen (Art. 304.5).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R0585&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2015.098.01.0001.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.098.01.0001.01.ENG)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/488 DE LA COMISIÓN, de 4 de septiembre de 2014 , por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) n ° 241/2014 en lo que respecta a los requisitos de fondos propios de las empresas basados en los gastos fijos generales (Art. 97.4).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R0488&from=ES>

Información completa del Reglamento:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ:L:2015:078:TOC>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/850 DE LA COMISIÓN de 30 de enero de 2015 que modifica el Reglamento Delegado (UE) no 241/2014, por el que se completa el Reglamento (UE) n°

575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación aplicables a los requisitos de fondos propios de las entidades (Art. 28.5).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R0850&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2015.135.01.0001.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.135.01.0001.01.ENG)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/923 DE LA COMISIÓN, de 11 de marzo de 2015, que modifica el Reglamento Delegado (UE) n° 241/2014, por el que se completa el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación aplicables a los requisitos de fondos propios de las entidades (Artículos 36.2, 73.7 y 84.4).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R0923&from=ES>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2015.150.01.0001.01.SPA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.150.01.0001.01.SPA)

- Reglamento Delegado (UE) 2015/942 de la Comisión, de 4 de marzo de 2015, que modifica el Reglamento Delegado (UE) n° 529/2014, por el que se completa el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación para evaluar la importancia de las ampliaciones y modificaciones de los métodos internos al calcular los requisitos de fondos propios por riesgo de mercado (Art. 363.4).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R0942&from=ES>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2015.154.01.0001.01.SPA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.154.01.0001.01.SPA)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/1555 DE LA COMISIÓN de 28 de mayo de 2015 por el que se completa el Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la divulgación de información relativa al cumplimiento, por las entidades, del requisito de disponer de un colchón de capital anticíclico con arreglo al artículo 440 (Art. 440.2).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R1555&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2015.244.01.0001.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.244.01.0001.01.ENG)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/1556 DE LA COMISIÓN de 11 de junio de 2015 por el que se completa el Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas al tratamiento transitorio de las exposiciones de renta variable con arreglo al método IRB (Art. 495.3).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R1556&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2015.244.01.0009.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.244.01.0009.01.ENG)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/101 DE LA COMISIÓN de 26 de octubre de 2015 por el que se completa el Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la valoración prudente en el marco del artículo 105, apartado 14 (Art. 105.14) (Rectificado por rectificación, DO L 028 de 04.02.2016).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02016R0101-20160128&from=EN>

Información completa del Reglamento:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:02016R0101-20160128>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/709 DE LA COMISIÓN de 26 de enero de 2016 que complementa el Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación que especifican las condiciones para la aplicación de las excepciones que afectan a las divisas con limitaciones de disponibilidad de activos líquidos (art. 419.5).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0709&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2016.125.01.0001.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.125.01.0001.01.ENG)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/861 DE LA COMISIÓN de 18 de febrero de 2016 por el que se corrige el Reglamento Delegado (UE) nº 528/2014 de la Comisión, por el que se completa el Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación para el riesgo distinto de delta de las opciones en el método estándar del riesgo de mercado y se corrige el Reglamento Delegado (UE) nº 604/2014 de la Comisión por el que se complementa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación en relación con los criterios cualitativos y los criterios cuantitativos adecuados para determinar las categorías de personal cuyas actividades profesionales tienen una incidencia importante en el perfil de riesgo de una entidad (Arts. 329.3, 352.6 Y 358.4 y 94.2 CRD).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0861&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2016.144.01.0021.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.144.01.0021.01.ENG)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2017/72 DE LA COMISIÓN de 23 de septiembre de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a las normas técnicas de regulación que especifican las condiciones para autorizar exenciones de datos (Arts. 180.3, 181.3 y 182.4).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017R0072&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2017.010.01.0001.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2017.010.01.0001.01.ENG)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2017/208 DE LA COMISIÓN de 31 de octubre de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación para las salidas adicionales de liquidez correspondientes a necesidades de garantías reales como consecuencia de los efectos de condiciones adversas del mercado en las operaciones con derivados de una entidad (Art. 423.3)

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017R0208&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2017.033.01.0014.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2017.033.01.0014.01.ENG)

### ***Reglamentos de ejecución de la Comisión que establecen “Normas Técnicas de Ejecución” (EBA/ESMA).***

- Reglamento de Ejecución (UE) no 680/2014 de la Comisión, de 16 de abril de 2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, de conformidad con el Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2014:191:FULL&from=ES>

(texto original, sin modificaciones)

Modificado por:

- (Art. 415.3) Reglamento de Ejecución (UE) 2016/322 de la Comisión, de 10 de febrero de 2016, que modifica el Reglamento (UE) n.º 680/2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por las entidades sobre el requisito de cobertura de liquidez.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0322&from=ES>

- (Art. 415.3) Reglamento de Ejecución (UE) 2016/313 de la Comisión, de 1 de marzo de 2016, que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 680/2014 en lo que atañe a los parámetros de control adicionales a efectos de la información sobre liquidez.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0313&from=ES>

- (Art. 430.2) Reglamento de Ejecución (UE) 2016/428 de la Comisión, de 23 de marzo de 2016, que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 680/2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, en lo que respecta a la información sobre la ratio de apalancamiento.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0428&from=ES>

- (Art. 99.5, 99.6, 101.4, 394.4) Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1702 de la Comisión, de 18 de agosto de 2016, que modifica el Reglamento (UE) n.º 680/2014 en lo que respecta a las plantillas e instrucciones.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1702&from=ES>

- (Art. 99.5) Reglamento de Ejecución (UE) 2015/79 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2014, que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 680/2014 de la Comisión, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las cargas de los activos, el modelo de puntos de datos único y las normas de validación.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R0079&from=ES>

- (Art. 99.5 Y 6, 101.4 Y 394.4). Reglamento de Ejecución (UE) 2015/227 de la Comisión, de 9 de enero de 2015, que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 680/2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo.

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2015.048.01.0001.01.SPA&toc=OJ:L:2015:048:FULL](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.048.01.0001.01.SPA&toc=OJ:L:2015:048:FULL)

- (Art. 99.5 Y 6, 101.4, 394.4, 415 Y 430). Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1278 de la Comisión, de 9 de julio de 2015, que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 680/2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, en lo que respecta a las instrucciones, plantillas y definiciones.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R1278&from=ES>

Información completa del Reglamento:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ:L:2014:191:TOC>

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) No 484/2014 DE LA COMISIÓN de 12 de mayo de 2014 por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta al capital hipotético de una entidad de contrapartida central de conformidad con el Reglamento (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (Art. 50 bis del REGLAMENTO 648/2012 modificado por el art. 520 del Reglamento 575/2013).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0484&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ:JOL\\_2014\\_138\\_R\\_0007](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ:JOL_2014_138_R_0007)



- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) No 1423/2013 DE LA COMISIÓN de 20 de diciembre de 2013 por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que se refiere a la publicación de los requisitos de fondos propios de las entidades, de conformidad con el Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (Art. 437.2 y 492.5).  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013R1423&from=EN>

Información completa del Reglamento:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32013R1423>

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) No 602/2014 DE LA COMISIÓN de 4 de junio de 2014 por el que se establecen normas técnicas de ejecución a fin de facilitar la convergencia de las prácticas de supervisión en lo que respecta a la aplicación de una ponderación de riesgo adicional con arreglo al Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (Art. 410.3).  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0602&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.166.01.0022.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.166.01.0022.01.ENG)

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) N °945/2014 DE LA COMISIÓN, de 4 de septiembre de 2014 , por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los índices pertinentes debidamente diversificados, de conformidad con el Reglamento (UE) n ° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (Art. 344.1).  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0945&from=ES>

Información completa del Reglamento:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ.L:2014:265:TOC>

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) N °1030/2014 DE LA COMISIÓN, de 29 de septiembre de 2014 , por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los modelos uniformes y la fecha a efectos de la divulgación de los valores utilizados para identificar las entidades de importancia sistémica mundial, de conformidad con el Reglamento (UE) n ° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (Art. 441.2).  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02014R1030-20160526&from=EN>

Modificado por el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/818 de la Comisión, de 17 de mayo de 2016  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0818&from=ES>

Información completa del Reglamento 1030/2014:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.284.01.0014.01.SPA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.284.01.0014.01.SPA)

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2015/233 DE LA COMISIÓN, de 13 de febrero de 2015 , por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con las monedas respecto de las cuales exista una definición sumamente limitada de admisibilidad por el banco central de conformidad con el Reglamento (UE) n ° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (Art. 416.5).  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R0233&from=ES>

Información completa del Reglamento:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ.L:2015:039:TOC>

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2015/2197 DE LA COMISIÓN de 27 de noviembre de 2015 por el que se establecen normas técnicas de ejecución con respecto a las divisas estrechamente

correlacionadas con arreglo al Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (Art.354.4).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R2197&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2015.313.01.0030.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.313.01.0030.01.ENG)

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2015/2344 DE LA COMISIÓN de 15 de diciembre de 2015 por el que se establecen normas técnicas de ejecución para las divisas con limitaciones de disponibilidad de activos líquidos de conformidad con el Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (Artículo 419.4).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R2344&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2015.330.01.0026.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.330.01.0026.01.ENG)

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2016/100 DE LA COMISIÓN de 16 de octubre de 2015 por el que se establecen normas técnicas de aplicación para especificar el proceso de decisión conjunta por lo que respecta a la solicitud de determinadas autorizaciones prudenciales de conformidad con el Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (Art. 20.8).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0100&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2016.021.01.0045.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.021.01.0045.01.ENG)

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2016/200 DE LA COMISIÓN de 15 de febrero de 2016 por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que se refiere a la publicación de la ratio de apalancamiento de las entidades, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (art.451.2).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0200&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ:JOL\\_2016\\_039\\_R\\_0004](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ:JOL_2016_039_R_0004)

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2016/1646 DE LA COMISIÓN de 13 de septiembre de 2016 por el que se establecen normas técnicas de ejecución<sup>627</sup> en lo que respecta a los principales índices bursátiles y los mercados organizados de conformidad con el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión (ART. 197.8).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1646&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2016.245.01.0005.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.245.01.0005.01.ENG)

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) N ° 650/2014 DE LA COMISIÓN, de 4 de junio de 2014 , por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta al formato, la estructura, el índice de contenidos y la fecha de publicación anual de la información que deben publicar las autoridades competentes de conformidad con la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (art. 143.3).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0650&from=ES>

Información completa del Reglamento:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ:L:2014:185:TOC>

---

<sup>627</sup> Aprobado a propuesta de ESMA.

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2016/1799 DE LA COMISIÓN de 7 de octubre de 2016 por el que se establecen normas técnicas de ejecución relativas a la correspondencia de las evaluaciones crediticias de las agencias externas de calificación crediticia para el riesgo de crédito de conformidad con el artículo 136, apartados 1 y 3, del Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (art. 136.1 y 3).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1799&from=ES>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2016.275.01.0003.01.SPA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.275.01.0003.01.SPA)

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2016/1801 DE LA COMISIÓN, de 11 de octubre de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución relativas a la correspondencia de las evaluaciones crediticias de las agencias externas de calificación crediticia para la titulación de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (Art. 270.3). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1801&from=ES>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2016.275.01.0027.01.SPA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.275.01.0027.01.SPA)

### 1.3 Desarrollo y ejecución de la Directiva 2013/36/UE.

#### *Reglamentos delegados – normas técnicas de regulación (EBA).*

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 604/2014 DE LA COMISIÓN de 4 de marzo de 2014 por el que se complementa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación en relación con los criterios cualitativos y los criterios cuantitativos adecuados para determinar las categorías de personal cuyas actividades profesionales tienen una incidencia importante en el perfil de riesgo de una entidad (Art.94.2).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02014R0604-20160602&from=EN>

Modificado por REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/861 DE LA COMISIÓN de 18 de febrero de 2016. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32016R0861>

Información completa:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.167.01.0030.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.167.01.0030.01.ENG)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 524/2014 DE LA COMISIÓN de 12 de marzo de 2014 por el que se completa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican la información que las autoridades competentes de los Estados miembros de origen y de acogida deben facilitarse mutuamente (Art. 50.6).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0524&from=EN>

Información completa:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.148.01.0006.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.148.01.0006.01.ENG)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 530/2014 DE LA COMISIÓN de 12 de marzo de 2014 por el que se completa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación destinadas a definir más en detalle las exposiciones significativas y los umbrales a efectos de los métodos internos relativos al riesgo específico de la cartera de negociación (Art. 77.4).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0530&from=EN>

Información completa:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.148.01.0050.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.148.01.0050.01.ENG)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 527/2014 DE LA COMISIÓN de 12 de marzo de 2014 por el que se completa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican las clases de instrumentos que reflejan de manera adecuada la calidad crediticia de la entidad en una perspectiva de continuidad de la explotación y resultan adecuados a efectos de la remuneración variable (Art.94.2)  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0527&from=EN>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L .2014.148.01.0021.01.ENG>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 1152/2014 DE LA COMISIÓN de 4 de junio de 2014 por el que se completa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en cuanto a las normas técnicas de regulación relativas a la determinación de la ubicación geográfica de las exposiciones crediticias pertinentes para el cálculo del porcentaje de colchón de capital anticíclico específico de cada entidad (Art. 140.7).  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R1152&from=EN>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L .2014.309.01.0005.01.ENG>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 1151/2014 DE LA COMISIÓN de 4 de junio de 2014 por el que se completa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la información que se ha de notificar a la hora de ejercer el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios (Art. 35.5, 36.5 y 39.4).  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R1151&from=EN>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L .2014.309.01.0001.01.ENG>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 1222/2014 DE LA COMISIÓN de 8 de octubre de 2014 por el que se completa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación que determinan el método para la identificación de las entidades de importancia sistémica mundial y la definición de las subcategorías de entidades de importancia sistémica mundial (Art.131.18)  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02014R1222-20160909&from=EN>

Modificado por:

REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/1608 DE LA COMISIÓN de 17 de mayo de 2016

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32016R1608>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L .2014.330.01.0027.01.ENG>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/98 DE LA COMISIÓN de 16 de octubre de 2015 por el que se completa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican las condiciones generales de funcionamiento de los colegios de supervisores (Art. 51.4 y 116.4).  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0098&from=EN>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L .2016.021.01.0002.01.ENG>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2017/180 DE LA COMISIÓN de 24 de octubre de 2016 por el que se completa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a las normas de evaluación de las carteras de referencia y los procedimientos para compartir dicha evaluación (art. 78.7).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017R0180&from=EN>

Información completa:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2017.029.01.0001.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2017.029.01.0001.01.ENG)

### ***Reglamentos de ejecución – normas técnicas de ejecución (EBA).***

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) N° 620/2014 DE LA COMISIÓN de 4 de junio de 2014 por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta al intercambio de información entre las autoridades competentes de los Estados miembros de origen y de acogida, de conformidad con la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (art. 50.7).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0620&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.172.01.0001.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.172.01.0001.01.ENG)

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) N° 650/2014 DE LA COMISIÓN, de 4 de junio de 2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta al formato, la estructura, el índice de contenidos y la fecha de publicación anual de la información que deben publicar las autoridades competentes de conformidad con la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (art. 143.3).

Información completa del Reglamento:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ:L:2014:185:TOC>

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) N° 710/2014 DE LA COMISIÓN de 23 de junio de 2014 por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a las condiciones de aplicación del proceso de decisión conjunta sobre los requisitos prudenciales específicos de las entidades de conformidad con la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (Art. 113.5).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0710&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.188.01.0019.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.188.01.0019.01.ENG)

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) N° 926/2014 DE LA COMISIÓN, de 27 de agosto de 2014 , por el que se establecen normas técnicas de ejecución con respecto a los modelos de formularios, plantillas y procedimientos para las notificaciones relativas al ejercicio del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios con arreglo a la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (Arts. 35.6, 36.6 y 39.5).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0926&from=ES>

Información completa del Reglamento:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ:L:2014:254:TOC>

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) N° 99/2016 DE LA COMISIÓN REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2016/99 DE LA COMISIÓN de 16 de octubre de 2015 por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta al funcionamiento operativo de los colegios de supervisores, de conformidad con la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (Arts. 51.5 y 116.5).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0099&from=EN>

Información completa del Reglamento:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2016.021.01.0021.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.021.01.0021.01.ENG)

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2016/2070 DE LA COMISIÓN, de 14 de septiembre de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con las plantillas, definiciones y soluciones informáticas que han de utilizar las entidades al informar a la Autoridad Bancaria Europea y a las autoridades competentes, de conformidad con el artículo 78, apartado 2, de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (Art. 78.8).

[http://eur-lex.europa.eu/legal-](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.328.01.0001.01.SPA&toc=OJ:L:2016:328:FULL)

[content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2016.328.01.0001.01.SPA&toc=OJ:L:2016:328:FULL](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.328.01.0001.01.SPA&toc=OJ:L:2016:328:FULL)

Información completa del Reglamento:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=OJ:L:2016:328:TOC>

#### ***1.4 Directrices de la Autoridad Bancaria Europea. EBA.***

Las siguientes directrices o guías de la Autoridad Bancaria Europea (ABE o EBA en sus siglas en inglés) han sido adoptadas como propias por el BDE<sup>628</sup>:

- EBA/GL/2016/10. Directrices sobre la recopilación de información relativa al ICAAP y al ILAAP a efectos del PRES.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/GL-2016-10-es.pdf>
- EBA/GL/2016/09. Directrices relativas a las correcciones de la duración modificada para instrumentos de deuda en virtud del artículo 340, apartado 3, párrafo segundo, del Reglamento (UE) 575/2013.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/eba-gl-2016-09-es.pdf>
- EBA/GL/2016/08. Directrices sobre el apoyo implícito a operaciones de titulización.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2015-08-es.pdf>
- EBA/GL/2016/06. Directrices sobre políticas y prácticas de remuneración relacionadas con la venta de productos y la prestación de servicios de banca minorista.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2015-06-es.pdf>
- EBA/GL/2016/05. Directrices relativas a la comunicación entre las autoridades competentes en materia de supervisión de las entidades de crédito y los auditores legales y las sociedades de auditoría que realizan la auditoría legal de las entidades de crédito.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2016-05-es.pdf>
- EBA/GL/2016/04. Directrices relativas a las pruebas de resistencia de los sistemas de garantía de depósitos en virtud de la Directiva 2014/49/UE.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2016-04-es.pdf>

---

<sup>628</sup> Fuente: BDE. Se incluyen los vínculos a los documentos del BDE que recogen las directrices EBA en la medida en que reflejan las peculiaridades de cada caso, así como los detalles del proceso interno de adopción de las mismas por parte del supervisor nacional.

- EBA/GL/2016/03. Directrices sobre la provisión de información de forma resumida o colectiva a los efectos del artículo 84, apartado 3, de la Directiva 2014/59/UE.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2016-03-es.pdf>
- EBA/GL/2016/01. Directrices revisadas sobre la especificación de los indicadores utilizados para identificar las entidades de importancia sistémica mundial y su divulgación (derogan las directrices EBA/GL/2014/02).  
[http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/eba-gl-2016-01\\_es-pub.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/eba-gl-2016-01_es-pub.pdf)
- EBA/GL/2015/22. Directrices sobre políticas de remuneración adecuadas en virtud de los artículos 74, apartado 3, y 75, apartado 2, de la Directiva 2013/36/UE y la divulgación de información en virtud del artículo 450 del Reglamento (UE) n.º 575/2013 (deroga la Guía de CEBS sobre políticas y prácticas de remuneración de 10.12.2010)  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/eba-gl-2015-22-es.pdf>
- EBA/GL/2015/21. Directrices sobre los criterios mínimos que debe satisfacer un plan de reorganización de actividades.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/eba-gl-2015-21-es.pdf>
- EBA/GL/2015/20. Directrices - Límites a las exposiciones a entidades del sector bancario en la sombra que realicen actividades bancarias fuera de un marco reglamentado conforme al artículo 395, apartado 2, del Reglamento (UE) N° 575/2013.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/eba-gl-2015-20-es.pdf>
- EBA/GL/2015/18. Directrices sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista.  
[http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/eba-gl-2015-18\\_es-pub.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/eba-gl-2015-18_es-pub.pdf)
- EBA/GL/2015/17. Directrices que especifican las condiciones para la ayuda financiera de grupo en virtud del artículo 23 de la Directiva 2014/59/UE.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2015-17-es.pdf>
- EBA/GL/2015/16. Directrices sobre la aplicación de las obligaciones simplificadas con arreglo al artículo 4, apartado 5, de la Directiva 2014/59/UE.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/eba-gl-2016-es.pdf>
- EBA/GL/2015/10. Directrices sobre los métodos para el cálculo de las aportaciones a los sistemas de garantía de depósitos.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2015-10-es.pdf>
- EBA/GL/2015/09. Directrices sobre los compromisos de pago de conformidad con la Directiva 2014/49/UE relativa a los sistemas de garantía de depósitos.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2018-09-es.pdf>
- EBA/GL/2015/08. Directrices sobre la gestión del riesgo de tipo de interés en actividades distintas de las de negociación.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/eba-gl-2015-08-es.pdf>
- EBA/GL/2015/07. Directrices sobre la interpretación de las distintas circunstancias en las que se considera que una entidad es inviable o existe la probabilidad de que lo vaya a ser.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-gl-2015-07-es.pdf>

- EBA/GL/2015/03. Directrices sobre los umbrales para la activación de medidas de actuación temprana con arreglo al artículo 27, apartado 4, de la Directiva 2014/59/UE.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/eba-gl-2015-03-es.pdf>
- EBA/GL/2015/02. Directrices sobre la lista mínima de indicadores cualitativos y cuantitativos de los planes de reestructuración.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/eba-gl-2015-02-es.pdf>
- EBA/GL/2015/01. Directrices sobre las listas provisionales nacionales de los servicios más representativos vinculados a una cuenta de pago y sujetos a una comisión (D 2014/92 UE).  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2015-01.pdf>
- EBA/GL/2014/14. Directrices sobre materialidad, información propia y confidencialidad y sobre la frecuencia de divulgación de la información según el artículo 432, apartados 1 y 2, y el artículo 433 del Reglamento (UE) n.º 575/2013.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/gl-2014-14-es.pdf>
- EBA/GL/2014/13. Directrices sobre procedimientos y metodologías comunes para proceso de revisión y evaluación supervisora (PRES) (deroga las directrices EBA/GL/2013/02, CEBS GL39 2010, CEBS GL31 2010 y CEBS GL03 2006).  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2014-13.pdf>
- EBA/GL/2014/12. Directrices definitivas sobre la seguridad de los pagos en internet.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2014-12.pdf>
- EBA/GL/2014/11. Directrices sobre la especificación de medidas para reducir o eliminar obstáculos a la resolubilidad.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-gl-2014-11-es.pdf>
- EBA/GL/2014/10. Directrices sobre los criterios para determinar las condiciones de aplicación del artículo 131, apartado 3, de la Directiva 2013/36/UE (DRC) en relación con la evaluación de otras entidades de importancia sistémica (OEIS).  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2014-10.pdf>
- EBA/GL/2014/09. Directrices sobre los tipos de pruebas, revisiones o actividades que puedan conducir a medidas de apoyo.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-gl-2014-09-es.pdf>
- JC/GL/2014/01. Directrices comunes sobre la convergencia de las prácticas supervisoras con respecto a la coherencia de los acuerdos de coordinación de la supervisión de conglomerados financieros.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/JC-GL-2014-01-ES.pdf>  
Véanse también las plantillas correspondientes.
- JC 2014 43. Directrices sobre la gestión de quejas y reclamaciones para los sectores de valores (ESMA) y bancario (ABE).  
[http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/JC\\_ESA\\_Directrices\\_sobre\\_la\\_gestion.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/JC_ESA_Directrices_sobre_la_gestion.pdf)EBA/GL/2014/08.
- Directrices sobre el ejercicio de comparación de remuneraciones.



[http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/Circulares\\_y\\_guias\\_en\\_proceso\\_de\\_consulta/EBA-GL-2014-08.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/Circulares_y_guias_en_proceso_de_consulta/EBA-GL-2014-08.pdf)

- EBA/GL/2014/07. Directrices sobre el ejercicio de recopilación de información relativa a personas con alta remuneración.  
[http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/Circulares\\_y\\_guias\\_en\\_proceso\\_de\\_consulta/EBA-GL-2014-07.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/Circulares_y_guias_en_proceso_de_consulta/EBA-GL-2014-07.pdf)
- EBA/GL/2014/06. Directrices sobre el abanico de escenarios que deben contemplarse en los planes de reestructuración.  
[http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/Circulares\\_y\\_guias\\_en\\_proceso\\_de\\_consulta/EBA\\_GL\\_2014\\_06\\_ES.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/Circulares_y_guias_en_proceso_de_consulta/EBA_GL_2014_06_ES.pdf)
- EBA/GL/2014/05. Directrices sobre la transferencia significativa del riesgo de crédito contemplada en los artículos 243 y 244 del Reglamento (UE) n.º 575/2013.  
[http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/Circulares\\_y\\_guias\\_en\\_proceso\\_de\\_consulta/EBA-GL-2014-05.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/Circulares_y_guias_en_proceso_de_consulta/EBA-GL-2014-05.pdf)
- EBA/GL/2014/04. Directrices sobre plantillas y definiciones armonizadas para los planes de financiación de las entidades de crédito, con arreglo a la recomendación A4 de las Recomendaciones JERS/2012/2.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-gl-2014-04-esp.pdf>  
Véanse también las plantillas correspondientes.
- EBA/GL/2014/03. Directrices relativas a la divulgación de información sobre los bienes con cargas y sin cargas.  
[http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/Circulares\\_y\\_guias\\_en\\_proceso\\_de\\_consulta/EBA-GL-2014-03.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/Circulares_y_guias_en_proceso_de_consulta/EBA-GL-2014-03.pdf)
- EBA/GL/2014/01. Directrices sobre el tipo de descuento teórico aplicable a la remuneración variable.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2014-1.PDF>
- EBA/GL/2013/01. Guía de la ABE sobre los depósitos minoristas objeto de diferentes salidas a efectos de la información sobre liquidez prevista en el Reglamento (UE) n.º 575/2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 (Reglamento sobre los requisitos de capital, RRC).  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2013-01.pdf>
- EBA/GL/2012/03. Guía sobre el requerimiento de capital por riesgos de incumplimiento y de migración incrementales.  
<http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-BS-2012-3.pdf>
- EBA/GL/2012/02. Guía sobre el valor en riesgo en situación de estrés (VaR en estrés).  
[http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2012-02\\_.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2012-02_.pdf)
- EBA/GL/2012/01. Guía sobre ampliaciones y modificaciones del Método de Medición Avanzada (AMA).  
[http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/GL\\_45\\_EBA-ES.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/GL_45_EBA-ES.pdf)
- GL44. Guía sobre gobierno interno.

[http://www.bde.es/f/webbde/SJU/normativa/GL\\_44\\_EBA\\_Guidelines\\_on\\_Internal\\_Governance\\_E\\_S.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/SJU/normativa/GL_44_EBA_Guidelines_on_Internal_Governance_E_S.pdf)

## 2. Reestructuración y resolución de entidades de crédito

### 2.1. Marco regulatorio básico

- DIRECTIVA 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 12 de junio).<sup>629</sup>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0059&from=ES>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32014L0059>

- REGLAMENTO (UE) N.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 (DOUE de 30 de julio).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0806&from=EN>

Información completa

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32014R0806>

- DIRECTIVA 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 relativa a los sistemas de garantía de depósitos (refundición) (DOUE de 12 de junio).<sup>630</sup>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02014L0049-20140702&from=EN>

Información completa

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:02014L0049-20140702>

### 2.2. Desarrollo y ejecución del Reglamento (UE) 806/2014.

#### *Reglamentos delegados de la Comisión (art. 290 TFUE)*

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) N.º 1310/2014 DE LA COMISIÓN, de 8 de octubre de 2014, relativo al sistema provisional de tramos de las contribuciones a los gastos administrativos de la Junta Única de Resolución durante el período provisional (DOUE de 11 de diciembre)

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R1310&from=ES>

---

<sup>629</sup> En España, la incorporación de la Directiva 2014/59 se ha producido a través de las siguientes normas:

- Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.
- Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.
- Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito.

<sup>630</sup> En España, la incorporación de la Directiva 2014/49 se ha producido a través de las siguientes normas:

- Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.
- Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito.

Información completa:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.354.01.0001.01.SPA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.354.01.0001.01.SPA)

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/451 DE LA COMISIÓN, de 16 de diciembre de 2015, por el que se establecen los principios y criterios generales de la estrategia de inversión y las normas aplicables a la administración del Fondo Único de Resolución (DOUE de 30 de marzo)(75.4 RGMTO. 806)

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R0451&from=ES>

Información completa

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32015R0451>

### ***Reglamento de ejecución del Consejo.***

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2015/81 del Consejo, de 19 de diciembre de 2014, que especifica condiciones uniformes de aplicación del Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las aportaciones ex ante al Fondo Único de Resolución (DOUE de 22 de enero).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R0081&from=ES>

Información completa

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=OJ:JOL\\_2015\\_015\\_R\\_0001](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=OJ:JOL_2015_015_R_0001)

## **2.3. Desarrollo y ejecución de la Directiva 2014/59/UE**

### ***Reglamentos delegados de la Comisión (art. 290 TFUE)***

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/63 DE LA COMISIÓN, de 21 de octubre de 2014, por el que se completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las contribuciones ex ante a los mecanismos de financiación de la resolución (DOUE de 17 de enero).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02015R0063-20150117&from=EN>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:02015R0063-20150117>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/778 DE LA COMISIÓN, de 2 de febrero de 2016, por el que se complementa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las circunstancias y condiciones en que el pago de contribuciones extraordinarias ex post puede ser aplazado parcial o totalmente, y sobre los criterios de determinación de las actividades, los servicios y las operaciones en relación con las funciones esenciales, así como de las ramas de actividad y servicios asociados con respecto a las ramas de actividad principales (DOUE de 19 de mayo de 2016).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0778&from=EN>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32016R0778>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/860 DE LA COMISIÓN, de 4 de febrero de 2016, por el que se determinan las circunstancias en las que es necesaria la exclusión de la aplicación de las competencias de amortización o de conversión en virtud del artículo 44, apartado 3, de la

Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (DOUE de 1 de junio).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0860&from=ES>

Información completa

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32016R0860>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/1434 DE LA COMISIÓN, de 14 de diciembre de 2015, que rectifica el Reglamento Delegado (UE) 2015/63, por el que se completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las contribuciones ex ante a los mecanismos de financiación de la resolución (DOUE de 30 de agosto)

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1434&from=ES>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32016R1434>

### ***Reglamentos delegados - normas técnicas de regulación.***

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/1075 DE LA COMISIÓN, de 23 de marzo de 2016, que completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación que especifican el contenido de los planes de reestructuración, los planes de resolución y los planes de resolución de grupos, los criterios mínimos que la autoridad competente debe evaluar en lo que respecta a los planes de reestructuración y planes de reestructuración de grupos, las condiciones para la ayuda financiera de grupo, los requisitos relativos a los valoradores independientes, el reconocimiento contractual de las competencias de amortización y de conversión, el procedimiento en relación con los requisitos de notificación y el anuncio de suspensión y el contenido de los mismos, y el funcionamiento operativo de los colegios de autoridades de resolución (DOUE de 8 de julio de 2016).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1075&from=EN>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32016R1075>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/1400 DE LA COMISIÓN, de 10 de mayo de 2016, que completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los elementos mínimos de un plan de reorganización de actividades y el contenido mínimo de los informes sobre el avance en la ejecución del plan (DOUE de 23 de agosto).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1400&from=EN>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L .2016.228.01.0001.01.ENG>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/1401 DE LA COMISIÓN, de 23 de mayo de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a los métodos y los principios de valoración de los pasivos surgidos de derivados (DOUE de 23 de agosto).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1401&from=EN>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L .2016.228.01.0007.01.ENG>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/1450 DE LA COMISIÓN, de 23 de mayo de 2016, por el que se complementa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación en las que se especifican los criterios relativos al método para establecer el requisito mínimo de fondos propios y pasivos admisibles (DOUE de 3 de septiembre de 2016).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1450&from=EN>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32016R1450>

- REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/1712 DE LA COMISIÓN, de 7 de junio de 2016, que completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican el conjunto mínimo de información sobre contratos financieros que debe figurar en los registros detallados y las circunstancias en las que debe imponerse la obligación (DOUE de 26 de septiembre de 2016).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1712&from=ES>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32016R1712>

### ***Reglamentos de ejecución – normas técnicas de ejecución.***

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2016/911 DE LA COMISIÓN, de 9 de junio de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a la forma y el contenido de la descripción de los acuerdos de ayuda financiera de grupo de conformidad con la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (DOUE de 10 de junio de 2016)

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0911&from=ES>

Información completa: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32016R0911>

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2016/962 DE LA COMISIÓN, de 16 de junio de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los modelos, plantillas y definiciones uniformes para la determinación y la comunicación de información por parte de las autoridades competentes y las autoridades de resolución a la Autoridad Bancaria Europea, de conformidad con la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 17 de junio de 2016).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0962&from=ES>

Información completa

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2016.160.01.0035.01.SPA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.160.01.0035.01.SPA)

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2016/1066 DE LA COMISIÓN, de 17 de junio de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con los procedimientos, modelos de formularios y plantillas para la notificación de información a efectos de los planes de resolución para las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, de conformidad con la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 6 de julio de 2016)

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1066&from=ES>

Información completa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32016R1066>

## 2.4. Otros textos

- ACUERDO ENTRE EL PARLAMENTO EUROPEO Y LA JUNTA ÚNICA DE RESOLUCIÓN relativo a las normas prácticas de ejecución de la rendición de cuentas democrática y de la supervisión del ejercicio de las funciones encomendadas a la Junta Única de Resolución en el marco del Mecanismo Único de Resolución (DOUE de 24 de diciembre de 2015).

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32015Q1224\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32015Q1224(01))

- DECISIÓN (UE) 2016/228 DEL CONSEJO, de 14 de julio de 2015, sobre el procedimiento de resolución (DOUE de 18 de febrero de 2016).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32016D0228>