

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Programa de Compra de Bonos por el Banco Central Europeo: el control ultra vires y la primacía del Derecho Europeo

di María J. Roca

Abstract: The judgment of the German Federal Constitutional Court on the PSPP by the European Central Bank: ultra vires control and the primacy of European Law. The judgment of 5-V-2020 of the German Federal Constitutional Court highlights the need to undertake reforms in the future. Both the proclamation of a European Constitution and the unification of fiscal policy are long-term measures that currently seem difficult to introduce. Considering the injury that supposes for the primacy of Union Law that a Constitutional Court of a Member State declares a judgment of the European Court of Justice ultra vires, it raises the advisability of renewing the procedure of the preliminary question before the European Court of Justice, giving more audience to the concerned State, and more widely motivating decisions. Member States have the responsibility to participate in European integration, also monitoring compliance with the treaties, for this, through control of the constitutional identity of each State, it seems more suitable than that of ultra vires control

2845

Keywords: BCE; PSPP; Bundesverfassungsgericht; Principle of conferral; Primauté.

1. Introducción

Ante el hecho objetivo de una decisión tan sorprendente como la pronunciada el pasado día 5 de mayo por el Tribunal Constitucional Federal alemán¹, declarando *ultra vires* la decisión del Tribunal de Justicia que, a su vez, consideraba ajustado al Derecho de la Unión el plan del Banco Central Europeo de compra obligatoria de bonos de deuda soberana por parte de los Estados, los estudiosos optimistas del Derecho de la Unión, verán que la Sentencia del Alto tribunal alemán es, ciertamente, una seria dificultad para quienes caminan decididamente hacia una integración europea cada vez más estrecha. Causará molestias e incomodidades, pero no conseguirá impedir que se llegue a la meta. Los más pesimistas, en cambio, verán este choque frontal entre jurisdicciones como un accidente mortal que deja gravemente herido el proceso de integración europea.

Sin duda este pronunciamiento judicial está llamado a tener una importante repercusión política, y, entre las causas que permiten explicar y entender esta decisión, las de naturaleza política son también muy considerables. Sin embargo,

¹ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 05. Mai 2020 - 2 BvR 859/15 -, Rn. (1-237) www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915.html Última consulta [19-VI-2020].

en este comentario el objeto es ofrecer una reflexión desde el punto de vista jurídico. Sin minimizar por ello su relevancia económica² o política, la metodología y el objeto pretenden ser jurídicos. Expondremos a continuación en qué medida esta sentencia se dicta en continuidad con la línea jurisprudencial del TCF de Alemania y en qué supone un aspecto novedoso (ap. 2.). En el ap. 3 se abordan algunas de las eventuales consecuencias negativas que pueda tener este pronunciamiento. Hemos escogido el control *ultra vires* y la consecuencia que éste puede tener para la primacía del Derecho europeo como los aspectos jurídicos a los que se dedica más atención (ap. 4.), dejando deliberadamente en segundo plano la disputa metodológica acerca de la proporcionalidad. Por último, se exponen unas consideraciones finales (ap. 5).

2. Continuidad en la línea jurisprudencial y un aspecto novedoso

2846

El Tribunal Constitucional Federal alemán nunca ha aceptado, de modo absoluto e incondicional, la supremacía del Derecho de la Unión, tal como la interpreta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por el contrario, los Magistrados de Karlsruhe, han considerado siempre que mantienen íntegro su derecho a revisar el Derecho de la Unión Europea bajo el prisma de los derechos fundamentales garantizados en su Ley Fundamental (recordemos la famosa sentencia *Solange I*³), bajo el escrutinio de los actos *ultra vires* (como lo hace ahora) y desde la óptica de su propia identidad constitucional⁴ (en el marco de los controles de identidad, véase, por ejemplo, el Auto de 15 de Diciembre de 2015⁵). Este criterio jurisprudencial, tiene como base el texto del art. 23 de la Ley Fundamental⁶, cuya actual redacción es una versión modificada de la que se introdujo con ocasión de la reunificación alemana en el acuerdo de 31-VIII-1990, que prescribe la

² Para una opinión crítica, desde el punto de vista económico, de esta sentencia, vid.: Schmieding, Holger “Der Irrtum der Richter”, en FAZ v. 15.5.2020, www.faz.net/aktuell/finanzen/holger-schmieding-irrtum-der-richter-beim-etz-urteil-16768370-p2.html Última consulta [19-VI-2020].

³ *Solange I Solange-I-Beschluss* (BVerfGE 37, 271 ff.).

⁴ Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Antonio, “Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 5 de mayo de 2020 sobre la compra de deuda pública por el Banco Central Europeo”, en *Revista de Administración Pública*, Apartado II.2, señala que de la identidad constitucional alemana deriva “la necesidad de reservar un espacio a la intervención del Parlamento alemán, que además no puede contentarse con dictar autorizaciones en blanco o imprecisas. Si se le reserva la competencia para decidir es precisamente para que sea él quien la ejerza.”

⁵ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 -, Rn. (1-126),

www.bverfg.de/e/rs20151215_2bvr273514.html Sobre este auto, vid.: Brodowki, Dominik, “Die drohende Verletzung von Menschenrechten bei der Anerkennung Europäischer Haftbefehle auf dem Prüfstand: Die zweifelhafte Aktivierung der Verfassungsidentität durch das BVerfG und eine Kurskorrektur in der Rechtsprechung des EuGH”, en *Juristische Rundschau*, n. 8, 2016, pp. 415-432.

⁶ Classen, Claus Dieter, Art. 23, en v. Mangoldt / Klein/ Starck, *Grundgesetz Kommentar*, 7. Auflage, Herausgegeben von Huber /Voßkuhle, Bd. II, München, 2018, pp. 403 y ss.

responsabilidad de los órganos del Estado alemán en la integración europea; más aún esta responsabilidad⁷ es uno de los fines del Estado.

Novedosa sí resulta la dureza de esta Sentencia hacia la decisión del TJUE. Al describir el control de la proporcionalidad que realizó en su sentencia de 2018⁸, lo califica como “absolutamente incomprensible”, y por eso “objetivamente arbitrario” (“daher objektiv willkürlich”). Añade que el TJUE calculó mal la “importancia y el alcance del principio de proporcionalidad, que también debe observarse cuando se trata de la división de poderes”. Asimismo, afirma que el razonamiento del TJCE “metodológicamente ya no era justificable”⁹.

Los párrafos más duros de la Sentencia alemana pueden resumirse como sigue: El TC alemán atribuye al TJCE una argumentación que “no satisface los requisitos de una revisión comprensible en cuanto a si el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) y el BCE observan los límites de su mandato de política monetaria” (párrafo 123). Las razones que fundamentan esta conclusión estriban en que el TJCE no “consideró la importancia y el alcance del principio de proporcionalidad” y en que “no era sostenible desde una perspectiva metodológica dado que ignora por completo los efectos reales del programa de compras de deuda soberana (PSPP)” (párrafo 119).

El resultado de esta revisión del principio de proporcionalidad¹⁰, supuestamente insatisfactoria por parte del TJCE en su fallo del caso Weiss, es

⁷Sobre la responsabilidad de los Tribunales Constitucionales en la integración europea, *vid.*: Balaguer Callejón, Francisco, “Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, 2007, pp. 327-378. En cambio, en el origen del federalismo norteamericano, esta responsabilidad no correspondía a los Tribunales Constitucionales, sino a las Asambleas legislativas de los Estados federados, *vid.*: Baraggia, Antonio / Martinico, Giuseppe, “Who is the master of the Treaties? The compact theory in Karlsruhe”, en *Diritti Comparati*, 15-V-2020. blog-iacl-aidc.org/2020-posts/2020/5/19/who-is-the-master-of-the-treaties-the-compact-theory-in-karlsruhe Última consulta [19-VI-2020]. Con referencia no ya a los órganos corresponsables de la integración, sino respecto al papel de los derechos fundamentales, *vid.*: García Roca, Javier, “Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?”, en *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, 2009, pp. 15-53.

⁸ Se está refiriendo a la sentencia del 11 de diciembre de 2018, que el Tribunal de Justicia de la UE dictó en el caso Weiss, sobre la legalidad del Programa de Compras del Sector Público del BCE.

⁹ Sobre este pretendido déficit metodológico, *vid.*: Klenk, Lars, “Integrationsmotor unter Legitimationsdruck”, en FAZ, 20.05.2020, p. 3.

¹⁰ El juicio de proporcionalidad del TJUE y del TCF alemán puede sintetizarse en los siguientes términos: En su sentencia, el TJUE declaró que el principio de proporcionalidad requería “que los actos de las instituciones de la Unión sean capaces de alcanzar los objetivos legítimos perseguidos por un reglamento y no excedan los límites de lo necesario para alcanzar esos objetivos” (párrafo 72). En el caso específico, el BCE debe tener un amplio margen de discrecionalidad, ya que implica evaluaciones muy complejas y técnicas. En cualquier caso, el TJCE no pudo identificar un “error obvio de evaluación”. Además, las garantías en el PSPP impidieron que el programa fuera demasiado lejos y también limitaron los riesgos que el PSPP podría presentar a los bancos centrales en caso de incumplimiento por parte de un Estado miembro. Todo ello, le llevó a concluir que el PSPP debe calificarse como proporcional. Sin embargo, esta consideración no es suficiente para el Tribunal Constitucional Federal. Los jueces de Karlsruhe critican que el TJUE adoptó los argumentos del BCE con demasiada buena fe en su análisis, simplemente aceptando las “consecuencias previsibles y / o, en algunos casos incluso buscadas de modo prevalente, de política económica y fiscal del programa”, (párrafo 136). En

que el TCF alemán afirme que las conclusiones del TJCE “exceden manifiestamente el mandato judicial conferido al TJUE en el art. 19 (1)”, lo que lleva a “un cambio estructuralmente significativo en el orden de las competencias en detrimento de los Estados miembros” (párrafo 154).

Se podría decir que el Tribunal de Justicia, a través de una sentencia poco motivada¹¹, ha realizado una “mutación” del Tratado Constitutivo, porque no respeta el principio de que las Instituciones de la Unión sólo pueden ejercer aquellas competencias que los Estados les han transferido. Es como una enmienda al Tratado sin modificar el texto, a través de una interpretación que, con poco fundamento, lesiona el principio de transferencia.

Los Magistrados de Karlsruhe concluyeron que el ‘TJUE actuó *ultra vires*, razón por la cual su Sentencia no tiene fuerza vinculante en Alemania’ (párrafo 163).

Puesto que la decisión Weiss del TJCE, no es vinculante en Alemania¹², el TC acomete su propia revisión para determinar si el BCE había excedido su competencia (párrafo 164), y concluyó que al perseguir el objetivo de la política monetaria “incondicionalmente, mientras ignoraba los efectos de la política económica resultante del programa”, el BCE lesiona manifiestamente el principio de proporcionalidad (párrafo 165). La “violación del principio de proporcionalidad es estructuralmente significativa para que las acciones del BCE constituyan un acto *ultra vires*” (párrafo 165 y también párrafo 178). El equilibrio presuntamente incorrecto de los objetivos compensatorios por parte del BCE, junto con la ausencia de una declaración de los motivos que informan dicho equilibrio, llevó al TCF a la conclusión de que el BCE había violado la proporcionalidad y excedido sus competencias, que se reducen a la política monetaria (párrafos 166-177).

A partir de ahí, el TCF procede a explicar en detalle las consecuencias que esta declaración *ultra vires* conlleva para el Gobierno Federal alemán y el *Bundesbank*, así como para los órganos constitucionales alemanes, las autoridades administrativas y los tribunales (párrafos 229 a 235).

En descargo del atrevimiento del Tribunal Constitucional alemán, hay que aportar el dato de que ya otros tribunales nacionales habían pronunciado sentencias poco consideradas (por decirlo con suavidad) con la Jurisprudencia de Luxemburgo. Baste recordar a Dinamarca y República Checa. Esta no es la primera vez que un tribunal nacional determina que un fallo del TJCE es *ultra vires*, o al menos concluye que no tiene base legal en la legislación nacional. Por ejemplo,

resumen, "no se consideró el impacto económico y social del programa [...] que el PSPP tiene sobre la deuda pública, el ahorro, las pensiones, los precios de las propiedades y la supervivencia de las empresas económicamente insostenibles" (párrafo 139). Sobre esto, puede verse el editorial de *Der (europäische) Föderalist*, 7-V-2020, en www.foederalist.eu/2020/05/bverfg-eugh-pspp-urteil-ezb.html [Consulta del 11-V-2020].

¹¹ El estilo escueto del Tribunal de Luxemburgo puede criticarse, pero no es exclusivo de la Sentencia Weiss, y la doctrina alemana lo conoce bien, como ha manifestado el Franz C. Mayer, profesor de Derecho europeo en Bielefeld verfassungsblog.de/auf-dem-weg-zum-richterfaustrecht/ [Consulta del 11-V-2020].

¹² Para una crítica fundada a esta conclusión, *vid.*: Cruz Villalón, Pedro, “Exit Karlsruhe” elpais.com/opinion/2020-05-12/exit-karlsruhe.html Última consulta [19-VI-2020].

el caso Dansk Industri¹³ del Tribunal Supremo danés y el caso Landtová¹⁴ del Tribunal Constitucional checo¹⁵ habían llegado a conclusiones igualmente controvertidas. Aun así, esta es la primera vez que un tribunal alemán considera que un fallo del TJCE es *ultra vires*. Es verdad que desde la sentencia sobre el Tratado de Maastricht (Maastricht-Urteil) 1993 el TCF se ha atribuido la competencia para determinar si las instituciones europeas se han excedido en sus competencias, y, en consecuencia, declarar cuales de sus decisiones son aplicables o no en Alemania. Los actos que ahora el TCF denomina *ultra vires*, se designaron inicialmente como „ausbrechende Rechtsakte“. Pero más allá de la denominación, el *quid* de la cuestión está en que el TCF afirma interpretar sólo la Ley Fundamental, pero en verdad a través de esa interpretación constitucional, interpreta también el Derecho europeo. Y la interpretación de este último es de competencia exclusiva del TJUE. Es más, no solo consideran que interpretan la Ley Fundamental, sino que cumplen uno de los fines que la Ley fundamental impone al Estado: la responsabilidad en la integración europea¹⁶.

3. Eventuales consecuencias negativas de la sentencia de 5-V-2020

Precisamente porque, como se acaba de anotar, la postura del Tribunal constitucional alemán no es nueva ni es la única, no hay que temer demasiado. Si hasta ahora su poco considerada postura hacia el TJUE no ha impedido que siga adelante el proceso de integración, tal vez esta sentencia solo sea una nueva molestia para el Banco Central Europeo que deberá justificar en tres meses todo lo que pide el TC alemán para que el Banco federal pueda seguir comprando bonos, pero no parece que con ello se vaya a hundir el mundo.

Quizá este pronunciamiento de Karlsruhe, aunque expresamente se diga que no afecta a las medidas económicas adoptadas por el BCE con ocasión de la pandemia del coronavirus, haya que interpretarlo bajo la locución latina *excusatio non petita accusatio manifesta*. En suma, la sentencia alemana no va a suponer un antes y un después en el Derecho de la Unión, es sólo un aviso de que los alemanes¹⁷, no quieren seguir pagando los gastos no justificados de otros Estados europeos; gastos que se prevén en aumento por la crisis económica que se avecina.

El fallo puede que ensombrezca la legalidad del recientemente aprobado programa de compras de emergencia por pandemia (PEPP) de 750 mil millones. Pero este programa no es más que la respuesta a un problema coyuntural, pasajero; no un obstáculo insalvable para la integración europea.

¹³ C-441/14 – DI. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de abril de 2016, también en respuesta a una decisión prejudicial.

¹⁴ C-399/09 – Landtová. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 22 de junio de 2011, igualmente en respuesta a una decisión prejudicial.

¹⁵ Wincze, Attila, “Das tschechische Verfassungsgericht stoppt den EuGH - zum Urteil des tschechischen Verfassungsgerichts PI. US 5/12 vom 14.2.2012”, en *Europarecht*, Jahrgang 48, n. 3, 2013, pp. 194 y ss.

¹⁶ Tischendorf, Michael, *Theorie und Wirklichkeit der Integrationsverantwortung deutscher Verfassungsorgane*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

¹⁷ Esto aparece expuesto con claridad en el párrafo 173 de la Sentencia del TCF.

Los aspectos negativos de fondo, no sólo coyunturales, pueden ser los siguientes. En primer término, directamente afectada, resulta la política monetaria común de la Unión¹⁸. En el futuro el Banco Federal alemán, no podrá seguir adquiriendo bonos del programa, a no ser que “los objetivos de política monetaria deseados no resulten desproporcionados con los efectos económicos y fiscales asociados” („angestrebten währungspolitischen Ziele nicht außer Verhältnis zu den damit verbundenen wirtschafts- und fiskalpolitischen Auswirkungen stehen“). El BCE dispone de tres meses para presentar una justificación más detallada del PSPP¹⁹. Una prueba irrefutable del efecto monetario negativo de la Sentencia del TCF es que el euro bajó frente al dólar, nada más conocerse la decisión.

Esta decisión afectará negativamente a las instituciones de la Unión y tendrá consecuencias directas no sólo de orden económico, sino que también las tendrá de orden político²⁰. Si ya los procesos de toma de decisión en las instituciones europeas son lentos y arduos, ante esta sentencia parece probable que las decisiones (al menos del Banco Central Europeo), se adopten todavía con más dificultad.

La Sentencia abre la veda para que también otros Tribunales Constitucionales de los Estados se permitan decidir qué sentencias del Tribunal de Justicia aplican y cuáles no. El art. 260 del TFUE permite denunciar y sancionar a los Estados incumplidores de las sentencias del Tribunal de Justicia, a través del procedimiento de infracción²¹; si ningún Estado lo denuncia ante el TJUE, queda

¹⁸ El Tribunal Constitucional Federal ha enfatizado siempre que la prioridad absoluta del BCE debe ser la controlar la estabilidad de precios de modo independiente. Sin embargo, el fallo del TCF, de 5-V-2020, socava esta idea al exigir que los efectos de la política económica y monetaria se comparen entre sí como parte de una prueba de proporcionalidad: si el BCE ahora considera los efectos del PSPP en los ahorros y los precios de las propiedades, en consecuencia tendría que hacerlo antes de la próxima subida de tipos y tener en cuenta las consecuencias del crecimiento económico y la tasa de empleo, y no solo como un marco de política monetaria, sino como objetivos independientes que deben sopesarse con el objetivo de la estabilidad de precios. Como resultado, el BCE tendría que vigilar constantemente una variedad de objetivos de política económica. Haría exactamente lo contrario de lo que los defensores del duro control de la inflación le piden. *Vid.: Der (europäische) Föderalist*, 7-V-2020, en www.foederalist.eu/2020/05/bverfg-eugh-pspp-urteil-ezb.html [Consulta del 11-V-2020].

¹⁹ El BCE podrá cumplir fácilmente los requisitos de BVerfG. Basta que volver a exponer sus razones en una decisión formal de por qué los beneficios de la política monetaria del PSPP superan sus efectos colaterales económicos. Como muchos observadores afirmaron inmediatamente después del veredicto del TCF, para el BCE no debería ser difícil: modelar y sopesar los efectos (altamente complejos) de las decisiones de política monetaria es parte de los asuntos cotidianos del banco central europeo. Por lo tanto, la consecuencia inmediata más probable de la sentencia será que el BCE presente la decisión solicitada por el BVerfG y el Bundesbank declare que, en su opinión, no hay nada que impida una ulterior participación en el PSPP. Naturalmente, aunque se diera esta situación que propicia una salida favorable, no se podrá impedir que algún demandante presente nuevamente un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. Sobre esto, puede verse el editorial de *Der (europäische) Föderalist*, 7-V-2020, en www.foederalist.eu/2020/05/bverfg-eugh-pspp-urteil-ezb.html [Consulta del 11-V-2020].

²⁰ Sobre la integración económica y política, *vid.*: Porras Ramírez, José María, “Propuestas para superar la parálisis en el proceso de integración política y económica de la Unión Europea”, en Pérez Miras, Antonio, et al., *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española*, vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, pp. 437-458.

²¹ Sobre este procedimiento, con carácter general, *vid.*: Ibañez García, Isaac, “La necesaria regulación del procedimiento de infracción del derecho de la Unión Europea”, *Actualidad*

un precedente de que es posible aplicar sus sentencias “a la carta”, según le convenga a cada Estado.

4. Control *ultra vires* y primacía del Derecho europeo

4.1. Control *ultra vires*

No deja de sorprender que el Tribunal Constitucional Federal alemán haya sustituido el juicio de proporcionalidad que hace el Banco Central Europeo por su propio juicio de proporcionalidad²². El TJUE y el BCE actúan *ultra vires*²³, por no aplicar bien el principio de proporcionalidad; ahora bien, el TCF revisando una sentencia del órgano a cuya jurisdicción está sometido, ¿no actúa *ultra vires*? El BCE no tiene competencias en materia de política económica; pero, ¿el TCF sí la tiene para imponerle un plazo (de tres meses) al BCE? ¿Qué pasa si el BCE incumple el plazo o si, cumpliéndolo, su justificación no satisface al Estado alemán? ¿Revisará nuevamente el Tribunal de Karlsruhe la justificación aportada por el BCE?²⁴

Es doctrina común en el Derecho administrativo alemán que los Tribunales deben respetar el ámbito de discrecionalidad de la Administración pública

Administrativa, n. 19, 2011, pp. 2 y ss. Sampol Pucurull, Miguel, “Los procedimientos de infracción. ¿Hay Bases para una Codificación?”, en Soriano García, J. E. (Dir.), *Procedimiento Administrativo Europeo*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 555-599. Sobre la advertencia de un posible procedimiento de infracción en este caso, vid.: Frankenberger, Klaus-Dieter, “Kollision. Das Urteil aus Karlsruhe zur EZB-Geldpolitik birgt Gefahren”, en *FAZ*, 14-V-2020 p. 8 y Mayer, Franz C., “Auf dem Weg zum Richterfaustrecht? Zum PSPP-Urteil des BVerfG”, en verfassungsblog.de/auf-dem-weg-zum-richterfaustrecht/ Última consulta [19-VI-2020].

²² Mangas Martín, Araceli, “El Tribunal Constitucional alemán y su ‘fuego amigo’ sobre el Tribunal de Justicia de la UE y el BCE”, en ARI 72/2020 - 18/5/2020 www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari72-2020-mangas-tribunal-constitucional-aleman-fuego-amigo-sobre-tribunal-de-justicia-ue-y-bce Última consulta [19-VI-2020], pp. 7 y ss.

²³ Sobre el control *ultra vires* en la jurisprudencia anterior del TCF alemán, vid.: Corti Varela, Justo / Porras Belarra, Javier / Román Vaca, Carmen, “El control *ultra vires* del Tribunal Constitucional alemán. Comentario de la decisión de 06.07.2010 (2 BVR 2661/06, Honeywell)”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 40, septiembre / diciembre, 2011, pp. 827-852.

²⁴ Esta hipótesis ha sido analizada en el editorial de *Der (europäische) Föderalist*, 7-V-2020, en www.foederalist.eu/2020/05/bverfg-eugh-pspp-urteil-ezb.html [Consulta del 11-V-2020] en los siguientes términos: Si, el Banco Central Europeo, que en principio reaccionó con el silencio ante la Sentencia del TCF, no quiere sentar ningún precedente de crear excepciones para los especiales deseos nacionales, y no emite el informe que pretende el TCF, o si lo emite, y una vez evaluado por el TCF no alcanza a cumplir sus pretensiones, y en consecuencia se mantiene la prohibición del TCF al Bundesbank de participar en el plan de compra de deuda soberana. En este caso, en primer término los empleados del Bundesbank se enfrentarían a un dilema irresoluble: según el § 3 de la ley del Banco federal alemán, el Bundesbank es "como banco central de la República Federal de Alemania una parte integral del sistema europeo de bancos centrales". Por un lado, es una autoridad alemana y, como tal, está sujeta al BVerfG, pero por otro lado está sujeto a las instrucciones del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo (EZB-Rat). Los empleados del Bundesbank estarían en una confusión entre el derecho constitucional nacional y el europeo, y violarían cualquiera de estas obligaciones, sin importar cómo se comporten.

(“Beurteilungsspielraum der öffentlichen Verwaltung”). Es decir, los Tribunales no pueden entrar a controlar todos los actos de la Administración pública, sin límite alguno. Si no lo hubiera, ello supondría que la decisión administrativa, en caso de impugnación, simplemente puede ser sustituida por la decisión judicial, y con ello se lesionaría la división de poderes. Ciertamente, la doctrina alemana (no sin controversias) admite que hay supuestos en los que la discrecionalidad de la Administración se reduce a cero (“Reduzierung auf null”), y, por tanto, en esos casos el ámbito de revisión judicial de la decisión administrativa adoptada es completo.

Si se aplica analógicamente esta doctrina -de la relación de respeto y de control entre los órganos de la Administración pública y el Poder Judicial- al control judicial de las decisiones del BEC, habrá que concluir que el plan de compra obligatoria de la deuda soberana, en primer término, es una decisión jurídica, no es un acto político de gobierno (un acto de gobierno de la política monetaria). Y, en segundo término, que en ese acto jurídico, la discrecionalidad del Banco Central Europeo era cero. Por eso, los Tribunales pueden entrar a revisar íntegramente la decisión del BCE.

En mi opinión, ahí radica el *punctum dolens* de la Sentencia del TCF²⁵. El BCE tiene sólo las competencias que le han transferido los Estados miembros (principio de transferencia), que se refieren fundamentalmente a la política monetaria²⁶. Ahora bien, por la propia naturaleza de las cosas, la política monetaria está inseparablemente unida a la política económica²⁷. Y ésta es competencia de los Estados miembros. El BCE, en materia de política económica, tiene atribuida competencia sólo para apoyar a los Estados miembros. El nudo gordiano es pues dilucidar si la compra de bonos se puede considerar sólo política monetaria. O, por el contrario, la obligación de compra de deuda es también política económica. Los recurrentes ante el TCF temen que la compra de bonos sea una financiación encubierta de los Estados a costa de los impuestos de los ciudadanos. Para la financiación encubierta de los Estados, obviamente, no está legitimado, el BCE.

Según Paul Kirchhof²⁸, los conflictos de calificación (acerca de si el programa de compra es derecho monetario, y por tanto competencia del BCE o por el

²⁵ A juicio de Wegener, Bernhard W., “Stellungnahme für den Europa-Ausschuss des Bundestages zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020 (2 BvR 859/15) in Sachen Staatsanleihekäufe der Europäischen Zentralbank”, en www.bundestag.de/resource/blob/697490/19e094bd52ec5e0f4b22625644177275/wegener-data.pdf Última consulta [19-VI-2020], pp. 4 y ss., este aspecto de la distinción entre política económica y política monetaria constituye la parte argumentativa más criticable, tanto desde un punto de vista dogmático como del análisis de los hechos.

²⁶ El objetivo de este programa del Programa de Compra del Sector Público (PSPP) es, precisamente, ayudar a estabilizar la tasa de inflación en poco menos del 2 por ciento, ese es el mandato del Banco Central Europeo en virtud de los Tratados de la UE. Sobre esto, y la postura crítica que ve en el programa un plan económico de financiación puede verse, *Der (europäische) Föderalist*, 7-V-2020, en www.foederalist.eu/2020/05/bverfg-eugh-pspp-urteil-ezb.html [Consulta del 11-V-2020].

²⁷ Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Antonio, “Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 5 de mayo de 2020 sobre la compra de deuda pública por el Banco Central Europeo”, en *Revista de Administración Pública*, Apartado II.1, párrafo 3º.

²⁸ Kirchhof, Paul, “Chance für Europa”, en FAZ, 20.05.2020, p. 6.

contrario excede el Derecho monetario) deben permanecer como supuestos excepcionales, y deben ser resueltos mediante la cooperación. Ahora bien, si se puede decidir mediante el acuerdo de voluntades, está claro que la calificación no está en la propia naturaleza del objeto, es decir no es enteramente objetiva.

Si el plan de compra de deuda soberana es sólo política monetaria, no económica, no se justificaría el control judicial de esta decisión; si es política económica, el BCE habría excedido sus competencias. Pretender que se puede separar la política monetaria de la económica, como se distingue la tinta china sobre el blanco del papel, me parece poco realista. La relación entre política económica y monetaria se parece más bien a una acuarela donde los colores se entremezclan y difuminan: no es negro sobre blanco. Pero aunque lo fuera, ¿por qué el TCF puede sustituir el juicio del Tribunal de Justicia de la Unión? Esto, a mi parecer, no está justificado en ningún caso. El Tribunal alemán ha asestado un duro golpe al principio de la supremacía del Derecho de la UE, uno de los dos pilares fundamentales, junto con el efecto directo, del orden jurídico de la UE. Pero a la vez, su sentencia del pasado día 5 de mayo, se puede valorar como un acto de ejercicio de responsabilidad en el proceso de integración. No hay que olvidar que los Estados siguen siendo “los señores del Tratado” y deben poder ejercer “su señorío” de algún modo: no sólo decidiendo abandonar la Unión, como ha hecho el Reino Unido, sino también colaborando con responsabilidad en que las Instituciones de la Unión se atengan al ejercicio de sus competencias sin traspasarlas.

La embestida al Tribunal de Justicia de la Unión por un acto *ultra vires* es una declaración muy dura del TCF. Pero los Magistrados alemanes no sólo asestan golpes al TJUE, también consideran que el Gobierno Federal y el Parlamento Federal han lesionado el principio democrático de la Ley Fundamental, en la medida en que han omitido adoptar cualquier tipo de medidas contra el programa de compra de deuda soberana del BCE, sin haber controlado y probado que cumplía el principio de proporcionalidad. Sólo la Magistrada Gertrude Lübbe-Wolff, en su voto particular, señala que en el esfuerzo de asegurar la correcta aplicación del Derecho, un tribunal puede traspasar los límites de su competencia judicial (“In dem Bemühen, die Herrschaft des Rechts zu sichern, kann ein Gericht die Grenzen richterlicher Kompetenz überschreiten”).

4.2. Primacía del Derecho Europeo

Desde la perspectiva del Derecho europeo, la resolución de una cuestión preliminar del TJCE (según el Art. 267 TFUE) representa una interpretación vinculante de la ley europea, que los tribunales nacionales están obligados a implementar.

En el fondo de esta sentencia hay un problema teórico, pero que tiene consecuencias prácticas. La primacía del Derecho de la Unión alcanza sólo allí donde los Estados han cedido sus competencias. Actos jurídicos de la Unión que carezcan de ella, carecen no solo de supremacía, sino también de fuerza vinculante. Ahora bien, si Alemania ha cedido o no una competencia, se rige por el Derecho

alemán²⁹, y esto sólo puede decidirlo el Tribunal Constitucional Federal, no un Tribunal europeo³⁰.

En el supuesto de que los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros pudieran decidir, sobre la base de su Derecho interno, cuándo los órganos de la Unión Europea, a su juicio, exceden las competencias transferidas, entonces habría que aceptar también la respuesta de Polonia a la Comisión Europea cuando ésta inició un procedimiento de infracción, solicitando medidas cautelares³¹, contra las reformas relativas a los nombramientos judiciales: “la reforma judicial polaca es un asunto plenamente interno; la Comisión, ocupándose de este asunto al incoar un procedimiento ante el TJCE, “intenta atribuirse competencias que el Estado polaco no le ha cedido”. La Constitución polaca “siempre tiene rango superior sobre la ley de la UE y siempre la tendrá”³².

Si se recuerda la evolución del nombramiento de jueces en Polonia, conviene tener presente que, después de las medidas cautelares de 2018, que suspendían la ley polaca sobre la edad de jubilación de los jueces, el TJCE emitió una sentencia a fines de 2019 declarando que las remisiones de cuestiones jurídicas a tribunales no independientes son contrarias a la ley europea y dictó una medida cautelar a principios de abril de 2020³³, prohibiendo que continúe la actividad de los tribunales disciplinarios, dependientes del gobierno polaco. El gobierno polaco reaccionó ante la primera sentencia con la llamada “Ley bozal”, que indirectamente prohibió a los jueces polacos implementar la sentencia del TJCE. Todo ello, ha dado lugar a una división en el sistema jurídico polaco: por un lado, hay tribunales aún independientes, en particular el Tribunal Supremo, que están tratando de detener la aplicación de las reformas judiciales, citando la sentencia del TJCE; y, por otro lado, el Gobierno y el Tribunal Constitucional, que intentan evitar la implementación de las sentencias del TJCE. Esta situación anómala, se ve reforzada por la sentencia del TCF de Alemania de 5-V-2020.

Si Alemania puede juzgar las sentencias del TJUE, bajo la doctrina de los actos *ultra vires*, igualmente Polonia, Hungría y República Checa podrán incumplir sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión acerca de la reubicación de

²⁹ Nussberger, Angelika, “Die Crux des letzten Wortes”, en FAZ.Net, 26.05.2020 www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gerichte-die-crux-des-letzten-wortes-16777590.html Última consulta [19-VI-2020], crítica no sin una dosis de ironía que en la Ley Fundamental no puede encontrarse el derecho de los ciudadanos alemanes a revisar la proporcionalidad de las decisiones adoptadas en Bruselas.

³⁰ Grimm, Dieter, “Jetzt war es soweit, EZB-Urteil und die Folgen”, FAZ, 15.05.2020, p. 1.

³¹ El Auto de la vicepresidenta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre del 2018 acordó, a solicitud de la Comisión, la adopción de la medida de suspensión provisional de las leyes polacas que adelantaban la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo en el seno de un procedimiento por incumplimiento. Puede verse en curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-10/cp180159es.pdf Última consulta [21-VI-2020]. Un estudio sobre esta decisión judicial, vid.: Blanca Lozano Cutanda, “La suspensión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de las leyes polacas que adelantan la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo”, en *Diario La Ley*, n. 9317, de 13 de diciembre 2018.

³² Respuesta del Ministro de Justicia Zbigniew Ziobro (PiS / EKR).

³³ elpais.com/internacional/2020-04-08/el-tribunal-de-la-ue-suspende-cautelamente-la-ley-de-polonia-para-supervisar-a-los-jueces.html Última consulta [21-VI-2020].

solicitantes de protección internacional, en contra de la Sentencia dictada por el TJUE³⁴, invocando que no han transferido a la UE sus obligaciones para mantener el orden público y la seguridad interior.

Una vez erosionada la primacía del Derecho de la Unión, las consecuencias son imprevisibles³⁵. A mi parecer, está mejor fundada la opinión de los autores como Ziller y Galetta³⁶, quienes, citando a Pache y Hille, sostienen que la sentencia del TJUE sobre el caso Weiss es correcta, en la medida en que se limita a examinar si hubo o no error manifiesto. Aquí hay un margen de apreciación que escapa a la predicción del juez, en la medida en que no puede controlar las “decisiones predictivas de naturaleza evaluable”. Además, en mi opinión, ni el TJUE, ni el Tribunal Constitucional de un Estado miembro pueden entrar a revisar íntegramente los hechos³⁷ (en este caso una decisión del BCE), como se ha dicho, porque la sustitución de la valoración por los tribunales supone partir de la base de que se trata de un dato objetivo en el que el órgano que adoptó la decisión no tenía ningún margen de discrecionalidad. Cuando se pide que la decisión se adopte mediante cooperación (Kirchhof), se pone de manifiesto que el lugar más idóneo para adoptar ese acuerdo son los órganos de gobierno del BCE, más que los tribunales.

5. Consideraciones finales

Ante decisiones como esta, se muestra la necesidad de acometer algunas reformas, que eviten en el futuro situaciones tan lamentables –desde todos los puntos de vista– como la sentencia que comentamos.

Si pensamos en el objeto material de la sentencia, de 5-V-20200, (la relación entre política monetaria y política económica), cabe pensar en estudiar a fondo si el modo de mantener con cierta coherencia el camino emprendido de la unidad monetaria requiere también emprender medidas tendentes a la unidad de política fiscal. A la vista de la posición de cada tribunal (TJUE y BVerfG) con respecto a la fuente para cuya interpretación son competentes, no cabe duda que la posición del Tribunal alemán es más fuerte que la del Tribunal de Justicia de la Unión: la UE no tiene Constitución. Quizá situaciones como la provocada por la sentencia alemana que comentamos, no se habrían producido (o podrían evitarse en el futuro)

³⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 2 de abril de 2020, en los asuntos acumulados C-715/17 Comisión/Polonia, C-718/17 Comisión/Hungría y C-719/17 Comisión/República Checa. Vid.: curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-04/cp200040es.pdf Última consulta [21-VI-2020].

³⁵ Sobre esto advierte Hirsch, Günter, “Zwei Wächter in Schilda”, en FAZ.Net, 26.05.2020 www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/karlsruhe-auf-konfrontationskurs-zwei-waechter-in-schilda-16777588.html Última consulta [19-VI-2020].

³⁶ Ziller, Jaques / Galetta, Diana Urania, “¿Karlsruhe über alles? La insoportable pesadez del juez constitucional alemán (sobre la sentencia del zweiter Senat del Tribunal Constitucional Federal alemán del 5 de mayo de 2020 relativa al programa PSPP del Banco Central Europeo)”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, (en prensa), apartado 4.2, p. 21 del manuscrito.

³⁷ Hirsch, Günter, “Zwei Wächter in Schilda”, en FAZ.Net, 26.05.2020 www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/karlsruhe-auf-konfrontationskurs-zwei-waechter-in-schilda-16777588.html Última consulta [19-VI-2020], con cierta ironía, se pregunta, ¿el TJUE como tribunal de primera instancia? (Der EuGH als Amtsgericht?).

si Europa tuviera una verdadera Constitución. Tanto la proclamación de una Constitución europea como la unificación de política fiscal son medidas a largo plazo que actualmente parece difícil introducir.

Considerada la lesión que supone para la primacía del Derecho de la Unión que un Tribunal Constitucional de un Estado miembro declare *ultra vires* una sentencia del TJUE, cabe pensar en la conveniencia de renovar el procedimiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, dando mayor audiencia al Estado concernido, y motivando de modo más extenso las decisiones³⁸, de modo que tengan un efecto suasorio sobre los TC de los Estados.

Si el Tribunal de Karlsruhe hubiera examinado la sentencia del TJUE desde el prisma de la identidad constitucional (y no desde el control de *ultra vires*) habría sido más coherente, puesto que interpretaría su propia Constitución. En cambio, al enjuiciar la sentencia desde el punto de vista de si el TJUE y el BCE, se han excedido o no de las competencias que les atribuyen los Tratados, ya no interpreta Ley Fundamental alemana, sino que interpreta el Derecho europeo contra la decisión del órgano que tiene atribuida esa competencia en última instancia. Desde un punto de vista práctico, quizá la doctrina *ultra vires* tenga una solución más fácil; en cambio, si la *ratio decidendi* de la sentencia del pasado 5 mayo hubiera sido la identidad constitucional, tal vez habría sido más difícil el diálogo o la cooperación, a la que invoca el Prof. Paul Kirchhof, en el proceso de integración europea.

Debe aplaudirse la implicación responsable de los Estados en la integración europea; esa responsabilidad incluye vigilar por el cumplimiento de los tratados (también por lo que se refiere a las competencias de las Instituciones europeas). Pero sería más respetuoso con las competencias del TJUE que los Tribunales nacionales colaborasen responsablemente en la integración a través del control de la identidad constitucional de cada Estado (*contro limiti*, en el Derecho italiano³⁹) más que atribuyéndose el derecho de revisar los actos *ultra vires* de la Unión (incluso contra el criterio de su propio Tribunal de Justicia).

Maria J. Roca
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
mjroca@der.ucm.es

³⁸ Tal vez la dificultad de motivar de modo más extenso las sentencias del TJUE, radique en que los Magistrados no tienen la posibilidad de emitir votos particulares, Soriano, José Eugenio, “El Tribunal Constitucional alemán: ¿el sepulturero de la Unión Europea?”, en hayderecho.expansion.com/2020/05/09/el-tribunal-constitucional-aleman-el-sepulturero-de-la-union-euro Última consulta [19-VI-2020].

³⁹ Demuro, Gianmario, “I contro-limiti e le identità costituzionali”, en *Diritto Costituzionale*, n. 2: Sovranità Stato costituzionale e vincolo esterno, 2018 pp. 15-30.