

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: ¿y ahora qué?

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA) de 5 de mayo del 2020 supone una grave amenaza para la construcción europea y el futuro del euro.

En su polémica sentencia de 5 de mayo del 2020, el Tribunal de Karlsruhe ha declarado que tanto el Banco Central Europeo como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han actuado *ultra vires*; el primero, con el programa de compra de valores públicos en el mercado secundario que puso en marcha en el 2015 (*Public Sector Purchase Program*, PSPP; en español, Programa de Compra de Activos del Sector Público), todavía vigente, y el segundo, al declarar, en su sentencia Weiss del 2018, la adecuación de este programa al Derecho de la Unión.

Parece, sin embargo, que es el propio Tribunal Constitucional Federal alemán el que ha actuado *ultra vires* desde un primer momento al resolver sobre un recurso que debió ser inadmitido *a limine* al pretender la revisión de la actuación de una institución europea. No es, sin embargo, la primera vez que el Tribunal de Karlsruhe admite un recurso dirigido contra la actuación del Banco Central Europeo: en el 2012 ya resolvió la demanda interpuesta contra el simple anuncio por el Banco Central Europeo de un programa de intervención del Eurosistema en el mercado de bonos soberanos denominado «Operaciones Monetarias Directas», que finalmente nunca llegó a ponerse en marcha.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

La admisión de aquel recurso, como la del que ahora ha dado lugar a la sentencia de 5 de mayo, se fundamenta en el artificioso argumento de que no se recurre contra el Banco Central Europeo, sino contra el Gobierno y el Parlamento alemanes, a los que se les imputa la vulneración de diversos derechos democráticos de los ciudadanos reconocidos por la Ley Fundamental como consecuencia de su inactividad, por no haber litigado ante el Tribunal de Justicia contra las decisiones del Banco Central Europeo. Así lo puso de relieve la doctrina en relación con el caso Operaciones Monetarias Directas (A. Sainz de Vicuña), denunciando también la indefensión que esta construcción causa al Banco Central Europeo, el verdadero demandado, que no es parte en el proceso salvo en la fase prejudicial ante el Banco Central Europeo.

En ambos casos, también, el Tribunal de Karlsruhe elevó una cuestión prejudicial de validez al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero, si en el caso del programa Operaciones Monetarias Directas el Tribunal Constitucional Federal alemán se pronunció en la línea marcada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Gauweiler y otros* declarando que dicho programa no incurría en *ultra vires* (aunque instando al Parlamento y al Gobierno alemanes a monitorizar su aplicación), ahora se ha desviado del pronunciamiento del máximo intérprete del Derecho de la Unión sobre el Programa de Compra de Activos del Sector Público (sentencia *Weiss y otros* del 2018).

Cabe preguntarse si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no debió inadmitir ambas cuestiones prejudiciales por el hecho de que el procedimiento nacional en que se originaron era contrario al sistema de control de validez establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Así lo alegó Italia en el caso *Weiss*, señalando que el procedimiento seguido en Alemania ante el Tribunal Constitucional Federal alemán desvirtuaba el sistema de la cuestión prejudicial al reconocer un recurso directo contra la validez de un acto de la Unión ante los órganos jurisdiccionales nacionales, cuando sólo es posible remitir una petición de cuestión de validez de un acto de la Unión si dicha petición tiene su origen en actos nacionales adoptados en su aplicación. El Tribunal de Justicia tuvo aquí la oportunidad de desmontar la «estratagema» seguida por los recurrentes y aceptada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, pero optó por la deferencia hacia el Tribunal de Karlsruhe.

La admisión de esta cuestión prejudicial de validez, artificiosamente fabricada en el litigio principal, ha dado pie a que el Tribunal Constitucional Federal alemán haya tenido la ocasión de cuestionar la autoridad del Tribunal de Justicia. Obviamente, el Tribunal Constitucional Federal podría haber resuelto lo mismo aun en el caso de haber sido inadmitida la cuestión prejudicial, pero entonces habría quedado demasiado en evidencia que estaba actuando de espaldas al sistema jurisdiccional de la Unión Europea.

Pero, volviendo a la exposición del caso del Programa de Compra de Activos del Sector Público, tres fueron a nuestro juicio las cuestiones prejudiciales fundamentales que se le plantearon al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que exponemos de manera muy simplificada. La primera de ellas se refería a si las decisiones del Banco Central Europeo por las que se aprobó y ejecutó dicho

programa excedían de las competencias de la Unión, por cuanto se trataba de medidas de política económica (competencia de los Estados) y no de política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro (competencia exclusiva de la Unión). La sentencia del Tribunal de Justicia adopta una interpretación amplia y finalista de la «política monetaria» afirmando que «el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no contiene ninguna definición precisa de la política monetaria, pero sí define tanto los objetivos de la política monetaria como los medios de que dispone el Sistema Europeo de Bancos Centrales para ejecutar dicha política».

Obviamente, pretender deslindar nítidamente la política monetaria de la económica es una entelequia: ahí reside, de hecho, la raíz del problema al que se enfrenta actualmente la Unión. En este sentido, la sentencia afirma incluso que «los autores de los tratados no pretendían establecer una separación absoluta entre las políticas económica y monetaria» (así lo deduce del artículo 127.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que prevé, por un lado, que, sin perjuicio de su objetivo principal de mantener la estabilidad de precios, el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) «apoyará las políticas económicas generales de la Unión con el fin de contribuir a la realización de los fines generales de la Unión», y, por otro lado, que dicho sistema debe actuar respetando los principios establecidos en el artículo 119 del mencionado tratado).

De acuerdo con este enfoque, la sentencia concluye que, en una situación económica que implica un riesgo de deflación, las medidas que puede adoptar el Sistema Europeo de Bancos Centrales para lograr el objetivo monetario de mantener la estabilidad de los precios por la vía de flexibilizar las condiciones económicas y financieras de la zona euro «pueden implicar una intervención sobre los tipos de interés de los bonos soberanos, por el papel decisivo que éstos desempeñan en la determinación de los tipos de interés aplicables a los diferentes actores económicos».

Este razonamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es admitido por el Tribunal Constitucional Federal alemán, como lo es también el relativo a la cuestión de si el programa infringía la prohibición, derivada del artículo 123 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de que el Sistema Europeo de Bancos Centrales preste asistencia financiera a un Estado miembro. La sentencia *Weiss* sale al paso de esta afirmación, por el hecho de que en el Programa de Compra de Activos del Sector Público el Sistema Europeo de Bancos Centrales no está facultado para adquirir bonos directamente de las autoridades y organismos públicos de los Estados miembros, sino exclusivamente de modo indirecto en los mercados secundarios, y desmonta también la imputación de una supuesta equivalencia entre la intervención del Programa de Compra de Activos del Sector Público y la adquisición de bonos en el mercado primario, basándose para ello en los detallados argumentos que aporta el abogado general en sus conclusiones sobre las garantías existentes para que ello no ocurra.

En cambio, el Tribunal Constitucional Federal alemán no acepta la respuesta dada por el Tribunal de Justicia a la cuestión de si, teniendo en cuenta las dimensiones alcanzadas por el Programa de Compra de Activos del Sector Público, las decisiones del Banco Central Europeo respetaron el principio de proporcionalidad que, conforme al artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, rige

el ejercicio de competencias de la Unión. En virtud de este principio, «el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los tratados». La sentencia responde a esta cuestión reiterando, en primer lugar, las razones por las que el Programa de Compra de Activos del Sector Público era un instrumento adecuado para contribuir a la consecución del objetivo de mantener la estabilidad de precios y argumentando, a continuación, sobre el respeto al principio de proporcionalidad en atención a las circunstancias concurrentes y a los límites y garantías establecidos para su aplicación.

El Tribunal Constitucional Federal alemán considera, en cambio, que el Banco Central Europeo, al evaluar la proporcionalidad del programa, no tuvo en cuenta los efectos económicos resultantes de su ejecución, dado que este programa, por su volumen de billones de euros y su duración en el tiempo, es susceptible de tener efectos de política económica que incluyen «su impacto económico y social en virtualmente todos los ciudadanos que se ven cuan[d]o menos de forma indirecta afectados». Entre ellos, el tribunal cita expresamente las «pérdidas para los ahorros privados» (por cuanto los ahorradores preveían mantener o incrementar sus ahorros con los tipos positivos de interés) y para las «empresas económicamente inviables» (a las que la subida de los tipos de interés puede impedir su supervivencia).

Al no haber llevado a cabo este análisis económico en su evaluación de los efectos del programa, el Tribunal Constitucional Federal alemán afirma que el Banco Central Europeo «infringió manifiestamente el principio de proporcionalidad» y que, a su vez, la sentencia *Weiss* del Tribunal de Justicia, «al ignorar completamente todos los efectos de política económica resultantes del programa», incurre también en *ultra vires* y resulta «insostenible desde una perspectiva metodológica» y es «objetivamente arbitraria». Ello haría decaer, a juicio del Tribunal Constitucional Federal alemán, su deber de respetar la decisión del Tribunal de Justicia. Tal deber existe, según el Tribunal de Karlsruhe, incluso aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea adopte una postura susceptible de ser contradicha con argumentos de peso, pero únicamente «en la medida en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aplique los principios metodológicos reconocidos y su decisión no sea arbitraria desde una perspectiva objetiva».

Resulta evidente que, con esta interpretación, sería el Tribunal Constitucional alemán —y, por extensión, cualquier otro Tribunal Constitucional nacional— el que tendría «la última palabra» sobre las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que podría desconocer cuando las considerase arbitrarias o metodológicamente erradas.

Tal interpretación supone una clara ruptura del «pacto constitucional que subyace en la construcción europea» (como ya señaló el abogado general en sus conclusiones del caso *Gauweiler* en previsión ya de una decisión de este tipo). Este pacto se basa en una cesión de soberanía por parte de los Estados miembros que incluye, necesariamente, atribuir la «competencia sobre las competencias» al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La sentencia del Tribunal de Karlsruhe no pretende que se modifiquen los tratados de la Unión ni pone expresamente en cuestión la independencia del Banco Central Europeo, sino que se limita a

emplazarlo a que «adopte una nueva decisión en la que demuestre en términos comprensibles y fundamentados» que los objetivos de política monetaria perseguidos por el Programa de Compra de Activos del Sector Público respetan el principio de proporcionalidad atendiendo «a los efectos de política económica y fiscal resultantes del programa».

Sin embargo, este fallo del Tribunal Constitucional Federal alemán bien puede considerarse una «instrucción» al Banco Central Europeo que conculca su independencia, tal como es garantizada por el artículo 130 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: «en el ejercicio de las facultades y en el desempeño de las funciones y obligaciones que les asignan los tratados y los estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, 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*».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cambio, se mostró deferente con esta independencia cuando reconoció en la sentencia *Weiss* «la amplia facultad de apreciación del Sistema Europeo de Bancos Centrales», limitándose a controlar que las decisiones del Banco Central Europeo sobre el Programa de Compra de Activos del Sector Público estuvieran debidamente motivadas (que lo estaban) y no hubieran incurrido en un «error manifiesto de apreciación, dado que, teniendo en cuenta la controversia que normalmente suscitan las cuestiones de política económica y la amplia facultad de apreciación del Banco Central Europeo, lo único que cabe exigir de este último es que utilice sus conocimientos especializados en economía y los medios técnicos necesarios de que dispone para realizar dicho análisis con diligencia y precisión».

La respuesta del Banco Central Europeo a la sentencia del Tribunal de Karlsruhe ha sido lacónica, pero contundente: en un comunicado de prensa del mismo 5 de mayo se limitó a «tomar nota de la sentencia» y a señalar que «sigue estando plenamente comprometido en hacer todo lo necesario dentro de su mandato para garantizar que la inflación se mantenga en niveles consistentes con su objetivo a medio plazo...», recordando que «el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó en diciembre del 2018 que el Banco Central Europeo está actuando dentro de su competencia para mantener la estabilidad de precios». El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por su parte —en una nota de prensa insólita—, al mismo tiempo que recuerda que la institución nunca hace comentarios sobre las sentencias de un órgano jurisdiccional nacional, reafirma que, «conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una sentencia dictada con carácter prejudicial por este tribunal vincula al juez nacional para la resolución del litigio principal».

¿Y ahora qué?

El problema planteado es enorme, hasta el punto de que no parece exagerado afirmar que «convierte al *brexit* en una nadería» (José María Macías). En efecto, por un lado, el Tribunal de Justicia no puede plegarse al requerimiento del Banco Central Europeo sin sentar un precedente que amenaza a la independencia de este banco y a la propia construcción europea, pero, por otro lado,

si no atiende esta exigencia, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán prohíbe al Bundesbank continuar participando más allá de estos tres meses en el Programa de Compra de Activos del Sector Público. En teoría, el Banco Central Europeo podría continuar aplicando este programa sin la participación de Alemania, pero se correría el riesgo de precipitar una ruptura de la zona euro.

Cabe también la posibilidad de que la Comisión, de oficio o a instancia de otro Estado miembro, abra un procedimiento de incumplimiento contra Alemania. Su presidenta ya ha declarado que no excluye esta posibilidad, pues un Estado puede incumplir el Derecho de la Unión por la actuación de cualquiera de sus órganos, incluidos los jurisdiccionales. Existe, en este sentido, el precedente reciente de la condena a Francia porque su máximo órgano jurisdiccional, el *Conseil d'Etat*, no elevó una cuestión prejudicial en aplicación del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Sentencia de 4 de octubre del 2018).

En todo caso, la observación más aguda que se ha hecho sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán es la de que, del mismo modo que en ella se reprocha al Banco Central Europeo el haber adoptado una decisión de política monetaria sin haber evaluado debidamente sus efectos sobre la política económica, se puede reprochar al tribunal el haber adoptado una sentencia que, incluso de entrar en el ámbito de sus competencias, no ha medido adecuadamente sus efectos colaterales económicos, jurídicos y políticos en un momento especialmente crítico (Francesco Martucci). El propio Tribunal Constitucional Federal alemán así parece reconocerlo cuando en su comunicado de prensa sobre la sentencia dice que ésta no afecta a «ninguna de las medidas de asistencia financiera adoptadas por la Unión Europea o el Banco Central Europeo en el contexto de la crisis del coronavirus».

Véase aquí la sentencia íntegra del Tribunal Constitucional Federal alemán:

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

Véase aquí el comunicado de prensa del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la sentencia:

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-032.html>.