

El Tribunal Constitucional alemán y su “fuego amigo” sobre el Tribunal de Justicia de la UE y el BCE

Araceli Mangas Martín | Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, académica de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y miembro del Patronato del Real Instituto Elcano.

Tema

El Tribunal Constitucional alemán ha quebrado la primacía y unidad del sistema jurídico común de la UE ordenando no aplicar una norma del Banco Central Europeo y ha decidido no respetar parte de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión.

Resumen

El Tribunal Constitucional alemán ha consumado una doble y grave vulneración del Derecho de la UE. Ha ordenado no aplicar en Alemania una norma del Banco Central Europeo –compras de bonos soberanos y corporativos– si no justifica adecuadamente esa medida en tres meses; y ha decidido no respetar parte de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión que declaraba la validez de ese acto del BCE. Se levanta contra los Estados, dueños y señores de los Tratados, que han atribuido la última palabra al Tribunal de Justicia en casos de duda sobre la validez de un acto del poder constituido de la UE. El Tribunal alemán estima que la sentencia del TJUE adolece de graves defectos de razonamiento y deduce de la divergencia su responsabilidad última de controlar la validez de los actos de la UE contra la voluntad del poder constituyente de la UE –los Estados miembros–. Se erige en poder constituyente alterando de hecho los Tratados. El Alto Tribunal alemán ha quebrado la primacía y unidad misma del orden jurídico común, la exigencia fundamental de la seguridad jurídica y el principio de igualdad de los Estados miembros.

Análisis

(1) Introducción: la persistente rebeldía del Tribunal Constitucional alemán

El Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, TCA), cíclicamente, ha amenazado con erigirse en el vigilante de la integración europea por ser el guardián de las esencias de la Constitución alemana (*Grundgesetz*, Ley Fundamental).

Desde la fundación de las Comunidades Europeas (1951 y 1957) el único Tribunal que tiene atribuida en exclusividad la garantía del respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados y derecho derivado (art. 19 TUE) es el actualmente denominado Tribunal de Justicia de la UE (TJUE).

Con la coartada del respeto a la Constitución alemana *über alles*, el TCA ha asumido desde finales de los años 60 del pasado siglo una competencia y responsabilidad que no tiene atribuida en los Tratados de la Unión. Se cree obligado a ordenar y dirimir si las instituciones de la UE hacen un buen ejercicio de las competencias atribuidas por los Estados miembros.

Los casos de procedimientos judiciales alemanes ante el TJUE en temas muy sensibles, que confrontaban los principios de ambos ordenamientos, han sido frecuentes. Resulta obvio recordar que un Tribunal Constitucional es independiente de los poderes del Estado, pero no es independiente del Estado, de las obligaciones constitucionales e internacionales asumidas por el Estado.

Antes de 2010 ya hubo media decena de sentencias de franca rebeldía o provocadoras amenazas o anuncios. De hecho, su sentencia de 1993 admitiendo la compatibilidad del Tratado de Maastricht contiene explícitamente todos los anuncios que ejecuta en 2020. Ahora, en menos de cinco años, se ha enfrentado dos veces por una misma decisión material del Banco Central Europeo (BCE), con variantes entre ellas, y con sendas sentencias interpretativas obligatorias del TJUE en el marco de la cooperación judicial entre el Tribunal con sede en Luxemburgo y los tribunales nacionales (reenvío prejudicial, art. 267 Tratado de Funcionamiento de la UE, TFUE).

El foco de atención del TCA es amparar a sus ciudadanos frente a actuaciones presumiblemente contrarias a los principios democráticos y las obligaciones de los poderes públicos alemanes. A partir de la relativa facilidad de los ciudadanos alemanes para interponer recursos ante el TCA, éste ha tenido que pronunciarse ya dos veces sobre la decisión del BCE de compras de títulos soberanos.

El nudo actual del doble enfrentamiento del Tribunal alemán con el BCE es el anuncio en 2012, mediante un comunicado de prensa, de la autoridad monetaria europea de abrir válvulas de liquidez al sistema financiero y aliviar la presión sobre los costes de financiación de las deudas soberanas de los Estados miembros imprudentes con un programa de compras monetarias directas. Se impugnó un comunicado de prensa. Cuando el anuncio de Draghi se formalizó en 2015 de nuevo hubo recursos ante el TCA. Sendas sentencias del TJUE en 2016 y 2018 validaban los actos del BCE. Pero ahora, en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 5 de mayo de 2020, rechaza aplicar la interpretación y validación dada por el TJUE en 2018.

(2) El centinela de Europa: sus razones desde 1967

(2.1) Los casos “Solange”: aviso sobre los derechos fundamentales en la UE

Esa amenaza las ejecutó en una sentencia de 29 de mayo de 1974¹ a pesar de que los actos comunitarios impugnados ya habían sido sentenciados como válidos por el Tribunal comunitario.² En esa sentencia de 1974 el TCA ya recurre al mismo argumento que en 2020: la obligación de proteger la identidad constitucional de Alemania, fundada

¹ BVerfGE 37, 271.

² TJCE, 17/XII/1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, pp. 11-70.

entre otros aspectos en la protección de los derechos fundamentales. Y formuló las condiciones para renunciar al control de compatibilidad del derecho derivado de la UE con la Constitución alemana repitiendo “mientras” o “en tanto que” (*solange*) en cadencias sucesivas, por lo que la sentencia se la conoce como “Solange I”.³

Hay que reconocer que se fueron cumpliendo todos los requisitos, por lo que años después, en la sentencia del 22 de octubre de 1986 *Solange II*,⁴ declaraba que se abstendría de ejercer jurisdicción “en tanto se sigan cumpliendo sus condiciones”. Aun así, apuntaba que dejaba de ejercer control “en tanto que” se mantuviera un nivel de protección adecuado desde su perspectiva constitucional alemana, luego conservaba como espada de Damocles su reserva por si la protección del Tribunal comunitario dejara de ser suficiente con carácter general.⁵

En los 80 los desencuentros vinieron por las reticencias para aceptar la doctrina del efecto directo de las directivas de armonización fiscal, siguiendo la estela rebelde del Consejo de Estado francés; en los 90, se mostró crítico con la creación judicial del Derecho por la sentencia *Francovich*⁶ en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por la falta de transposición de directivas.

(2.2) De las sentencias Maastricht y Lisboa del TCA vienen estos barros

Sus momentos estelares fueron los recursos contra las grandes reformas adoptadas en los Tratado de Maastricht y Lisboa. Los recursos de ciudadanos alemanes sobre la conformidad del Tratado de Maastricht de 1992 con la Constitución alemana (modificada ampliamente con carácter previo) hicieron aflorar un argumento esencial del TCA en su *Urtail-Maastricht*:⁷ la transferencia de soberanía del Banco Federal alemán (*Bundesbank*) al BCE, a pesar de que Alemania impuso que el BCE tuviera las mismas obligaciones que el *Bundesbank*, como son velar por la estabilidad de precios, prohibir los descubiertos, prohibir dar créditos a los Estados miembros, compras directas de deuda, etc.

Otro argumento estrella era la violación del principio democrático. El TCA abrió una grieta considerable: la participación democrática no es sólo el derecho individual de votar en elecciones periódicas, sino también la participación en la influencia sobre el ejercicio de ese poder público por el parlamento. Al transferir competencias del Parlamento alemán a una institución de la UE, si aquel tiene limitado su poder de decidir sobre las políticas que condicionan la vida ciudadana, es decir, si la transferencia es tan

³ Sus condiciones: *en tanto* no hubiera un Parlamento elegido por sufragio universal y con atribuciones legislativas, *en tanto* las instituciones europeas no fueran responsables políticamente ante ese parlamento y *en tanto* no hubiera un catálogo codificado de derechos fundamentales al que se atuviera el Tribunal de Justicia, el TCA sería competente para examinar la validez de los actos y la competencia de las instituciones europeas.

⁴ BVerfGE 73, 339.

⁵ Hay que reconocer que esa reserva discreta y proporcionada también se asume por el Tribunal Constitucional español en su excelente Declaración de 13/XII/2004 examinando la compatibilidad del Tratado de Lisboa con la Constitución española.

⁶ TJCE, 9/XI/1995, C-479/93.

⁷ BVerfGE 89, 115.

amplia que ya el ciudadano elector no influye sobre su ejercicio, entonces no se respetaría el principio democrático de la Constitución alemana exigido por el art. 20.

Lanzaba un órdago que ha ejecutado en nuestros días: advertía que los órganos del Estado alemán no podrían aplicar en Alemania actos jurídicos que no se mantuvieran dentro del marco de los Tratados y que él sería su vigía. Se reservaba la competencia última para examinar si las instituciones de la UE cumplen los Tratados al tiempo que insinuaba el derecho de retirada de Alemania –lo que causó conmoción allí–. Es cierto que el TCA apreció la compatibilidad del Tratado de Maastricht en su sentencia del 12 de octubre de 1993, pero sembró el futuro jurídico de minas. *De estos lodos* (argumentos), *vienen estos barro*s (la sentencia de 2020 sobre las compras de bonos soberanos y corporativos del BCE).

También fue recurrido ante el TCA la reforma adoptada en Lisboa en 2007. En su sentencia del 30 de junio de 2009⁸ insiste hasta la saciedad en la identidad constitucional inalienable de Alemania (“garantía de eternidad”, que no puede ser modificada por el poder legislativo constitucional, pues el poder constituyente no permite su reforma y otorga un derecho de resistencia a los ciudadanos, art. 20). Reitera la centralidad del principio democrático sobre la influencia del pueblo soberano que decide su futuro político a través de elecciones, y advierte sobre la pervivencia de un Estado que tenga todavía competencias suficientes. Aunque no se cruza “la delgada línea roja”, previene que ampliar las competencias de la UE podría privar a los Estados miembros de su propia soberanía. Y que no desistirá del control de los actos –a su juicio– *ultra vires* de las instituciones que quedarán bajo su atenta mirada. Ponía un veto unilateral, erigía una muralla a la progresión de la integración y alertaba de lo que iba a hacer: su oportunidad en mayo de 2020.

En estas sentencias sobre los tratados de Maastricht y de Lisboa, el TCA era competente para hacer los exámenes de compatibilidad del Derecho originario (los tratados) con la Constitución, pues esa no es competencia atribuida al TJUE. La ratificación o no de cualquier tratado internacional debe hacerse de conformidad con la Constitución del Estado y, por tanto, sus guardianes son los tribunales constitucionales. Cosa muy distinta e inaceptable jurídicamente desde la igualdad soberana de los Estados era la argumentación del TCA sobre la Ley Fundamental como límite infranqueable de la integración europea y como su horma para todos en la UE.

(3) El cordón sanitario sobre el BCE: primer “round” en 2015

El primer *round* fue el bien conocido Programa de Transacciones Monetarias de Compraventa (*Outright Monetary Transactions, OMT*) establecido en septiembre de 2012⁹ por el BCE, basado en la famosa declaración de Mario Draghi, presidente del BCE, aunque sin “armar” entonces un acto jurídico.

⁸ BVerfG, 2 BvE 2/08.

⁹ Al margen de ese contencioso, poco antes, el TCA tuvo que resolver –favorablemente– otros recursos, con más de 37.000 demandantes contra la Decisión del Consejo de modificar el art. 136 TFUE, la ratificación del tratado sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG), 2 BvR 1390/12, de 12/IX/2012.

Mostraba la predisposición del BCE de intervenir *en los mercados secundarios* para recomprar con condiciones, si fuera necesario en cantidades ilimitadas, la deuda pública de los Estados de la zona euro para afrontar la crisis financiera de 2008-2014. Las OMT no se ejecutaron, sino que su mera existencia tuvo efectos reductores de la especulación en torno a la prima de riesgo de las deudas soberanas.¹⁰

La decisión *política* de hacer “todo lo que sea necesario para salvar el euro” mediante las OMT suscitaban dudas de inmediato sobre su fundamento y viabilidad jurídica. Para la *Deutsche Bundesbank* esa medida de “creación monetaria” arriesgaba la estabilidad de los precios y para el BCE era imprescindible para el mismo objetivo de estabilidad de precios. Pero el Banco Federal alemán no se opuso al Programa OMT.

Y pronto la divergencia e inhibición dio lugar a varios recursos de amparo ante el TCA presentado por ciudadanos alemanes (como siempre, profesores, políticos, periodistas, 11 miembros del partido *Die Linke...*)¹¹ contra el Gobierno alemán (y a la Cámara Baja del Parlamento) por no recurrir ese Programa¹² ante el TJUE. De forma correcta, antes de decidir sobre recursos tan delicados, el TCA presentó la primera cuestión prejudicial de interpretación, ¡desde 1951!, ante el TJUE.

El TCA suscitaba la duda sobre la competencia del BCE, conforme a los Tratados de la UE, pues estimaba que el Programa no era una medida de política monetaria, sino de política económica (fuera del mandato del BCE). Además, para el TCA no respetaba la prohibición de financiación monetaria y convertía al BCE en un “prestamista de última instancia” para los Estados de la zona euro. El BCE reconoció en el proceso ante el TJUE que era una “medida no convencional” y con riesgos, pero *temporal* para poder volver a ejercer su mandato en el marco de la política monetaria.

La sentencia del TJUE¹³ rechazó las interpretaciones del TCA. No había compra directa de los bonos soberanos sino una previsión de ir al mercado secundario; por tanto, la compra no era directamente a las autoridades y organismos públicos de los Estados miembros emisores, sino a los operadores que los hubieran adquirido previamente en el mercado primario. El Tratado de Funcionamiento de la UE no prohíbe las operaciones en el mercado secundario.

¹⁰ En aquella época también la Reserva Federal de EEUU (Fed) y el Banco de Inglaterra adoptaron similar medida (*quantitative easing, QE*).

¹¹ En descargo del TCA se debe recordar algo obvio: que no juzga por iniciativa propia sino, como es habitual en toda jurisdicción constitucional, es “justicia rogada”. Es decir, decide a petición de parte con legitimación activa reconocida en la propia Constitución. En Alemania, la *Grundgesetz* abre con generosidad los recursos de amparo frente a decisiones de los tres poderes a cualquier ciudadano con relativa facilidad para justificar su interés en el proceso (legitimación activa) mediante recursos de amparo que pueden ser interpuestos por toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en determinados derechos, como el principio democrático (art. 20 de la *Grundgesetz*).

¹² El Programa no era un acto jurídico sino un comunicado de prensa: “Decisiones del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo, de 6/IX/2012, sobre ciertas características técnicas de las operaciones monetarias de compraventa de títulos por parte del Eurosistema en los mercados secundarios de deuda soberana”.

¹³ TJUE, sentencia de 16/VI/2015, C-62/14, *Gauweiler y otros*, ECLI: EU: C: 2015:400.

El TJUE subraya que nadie ha rebatido que el mero anuncio de este programa bastó, por sí solo, para restablecer el mecanismo de transmisión de la política monetaria y la unicidad de esa política y que en 2015 el programa aún no se había aplicado. Confirmaba que el programa OMT formaba parte de la política monetaria (y no de la económica, aunque tenga efectos en ella), al garantizar la unicidad de la política monetaria y con ella la estabilidad de precios, competencia monetaria atribuida en exclusiva al Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC, formado por el BCE y los Bancos centrales nacionales, o Eurosistema). Estaba, pues, autorizado a adoptar un programa con las características del programa OMT, que exige que la operación esté estrictamente supeditada a los objetivos perseguidos y al respeto al principio de proporcionalidad, al exigir que la recompra quede circunscrita a ciertos tipos de bonos emitidos por Estados miembros seleccionados con arreglo a criterios específicos relacionados con tales objetivos.

El TJUE toma nota de las prevenciones temporales y otras adoptadas por el SEBC y le previene para que el programa OMT pueda “neutralizar en los Estados miembros la incitación a aplicar una sana política presupuestaria y, por tanto, capaz de eludir el objetivo que se persigue al prohibir ofrecer financiación monetaria a los Estados miembros”.

En este embate el TCA se reservó y no se rebeló contra el TJUE, pero tampoco endosó sus argumentos: se consideró incompetente. Lo que validaba el TJUE era un simple barco de papel, un comunicado de prensa. El TCA tenía la munición preparada para hundir el barco tras la botadura o formalización jurídica de las compras de bonos soberanos y corporativos.

(4) Los nuevos recursos al formalizarse la Decisión: el segundo y actual “round” del enfrentamiento (2020)

Sin esperar a que el TJUE dictase la comentada sentencia de junio de 2015 ni tener en cuenta sus condiciones, el BCE aprobó Decisiones que contenían una oleada de nuevas medidas de expansión cuantitativa (QE) en 2015.¹⁴ Fue un gesto de cierta soberbia. El BCE aprobó un subprograma de compras de bonos soberanos en los mercados secundarios (*Public Sector Asset Purchase Programme*, PSPP) del programa ampliado de compras de activos (*Expanded Asset Purchase Programme*, APP). Ya no era un comunicado de prensa y nuevos recursos de miles de ciudadanos alemanes, entre ellos Gauweiler, Weiss y muchos recurrentes del asunto anterior, no se hicieron esperar ante el TCA.

Los diversos recursos apuntaban a la participación del Banco Federal alemán en las decisiones del BCE y a las inhibiciones del Gobierno y Cámara Baja del Parlamento en decisiones que los recurrentes estimaban actos *ultra vires*, además de vulnerar el principio democrático y la consabida identidad constitucional alemana.

¹⁴ Decisión (UE) 2015/774 del Banco Central Europeo, de 4/III/2015, sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (DO 2015, L 121, p. 20). Esta Decisión ha sido modificada y ampliada por varias Decisiones posteriores de 2016 y 2017.

El TCA, al igual que en 2012, volvió a plantear cuestión prejudicial en julio de 2017 ante el TJUE poniendo en duda seriamente la validez de las decisiones sobre compras de activos del sector público (PSPP) como normas *ultra vires* por sobrepasar los límites del mandato del BCE, por incumplir la prohibición de la financiación monetaria; también planteaba el análisis del régimen de reparto de pérdidas derivado de este programa pues de ello se podía derivar una afectación inconstitucional a la potestad presupuestaria del Parlamento Federal y, en consecuencia, vulnerar el principio democrático de la identidad constitucional alemana.

La sentencia del TJUE del 11 de diciembre de 2018¹⁵ rechazó todos los argumentos del TCA y estimó su validez. Algunos de los pobres y superficiales razonamientos del TJUE están en el origen de la irritada y despectiva sentencia del TCA del 5 de mayo de 2020,¹⁶ que ha originado gran conmoción general en las instituciones¹⁷ y en los ambientes jurídicos, económicos y financieros.

(5) Lo que el TCA acepta: la legalidad de la financiación monetaria en mercados secundarios y la no afectación al Parlamento alemán

El Tribunal Federal alemán no rechaza por completo el análisis de la validez del programa de compras ni toda la interpretación dada por el TJUE. El TCA reconoce, aceptando el razonamiento del TJUE, que el programa PSPP no incumplía la prohibición de la financiación monetaria establecida en el Tratado, ni equivalía a la adquisición de bonos en el mercado primario (art. 123 TFUE) ni neutralizaba de cara a los Estados miembros los incentivos para aplicar una política presupuestaria sana. También considera que está argumentado que el programa de compras contiene prevenciones con límites estrictos de compra por emisión y por emisor y que priorizaba los bonos emitidos por operadores privados. El TCA estima pues que el SEBC respetó el principio de proporcionalidad en ese punto concreto, por lo que no se había establecido ninguna norma general de reparto de pérdidas que afectara a las competencias del Parlamento alemán. Reconoce cualidades al programa de compra de deuda.¹⁸ Dos escollos importantes se salvan.

(6) Lo que el TCA declara contrario a las competencias atribuidas al BCE y al TJUE

La sentencia del TCA, de mayo de 2020, declara la inconstitucionalidad parcial del Programa PSPP, por lo que es una grave vulneración del Derecho de la Unión. No obstante, esta ilegal reacción del Tribunal Federal tiene una correlativa explicación –que

¹⁵ TJUE, sentencia de 11/XII/2018, C-493/17, *Weiss y otros*, ECLI: EU: C: 2015:1000.

¹⁶ 2 BvR 859/15; ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915.
http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr_085915en.html.

¹⁷ Nota del TJUE: comunicado de prensa nº 58/20 Luxemburgo, 8/V/2020,
<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058es.pdf>. Declaración de la presidenta de la Comisión Europea, 10/V/2020,
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/statement_20_846.

¹⁸ El TCA advierte que sus razonamientos se circunscriben al programa PSPP y no al programa excepcional aprobado por el Eurosistema para hacer frente a la pandemia COVID-19. Era obvio, pero la sentencia es un aviso para la autoridad monetaria sobre lo que el TCA estima equilibrado (*monetary correctness* a la alemana). Los recurrentes están bien organizados y volverán a poner presión sobre el Eurosistema.

no justificación– en la simpleza de la descuidada respuesta del Tribunal de Justicia sobre la motivación de la Decisión relativa a compras de bonos soberanos y corporativos.

(6.1) La falta de motivación

El Tribunal alemán planteaba en su prejudicial de julio de 2017 que las decisiones PSPP carecen de motivación –tal como exige el art. 296 TFUE– en concreto de “motivación específica, en particular en cuanto a la necesidad, al volumen y a la duración de los efectos de política económica”. La respuesta del TJUE en este punto genera decepción.

El TJUE reconoce que apenas hay motivación en las Decisiones PSPP; tras citar de forma mecánica sus sentencias –sin aplicarlas–, resuelve que ha habido abundante motivación “por la publicación de notas de prensa, declaraciones preliminares del presidente del BCE en conferencias de prensa, junto con las respectivas respuestas a las preguntas de la prensa, e informes de las reuniones de política monetaria del Consejo de Gobierno del BCE” (FJ 37) y por los estudios del *Boletín Económico* del BCE. Inadmisibles respuestas.

La motivación que exige el art. 296 TFUE a una norma de la UE para que sea válida es que tiene que figurar en el *propio acto jurídico*; la explicación sobre la finalidad del acto forma parte de su proceso de elaboración (de la nomogénesis). La motivación debe proporcionar “elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional. Entre dichos elementos figuran, en especial, la finalidad y el contenido del acto”.¹⁹ La motivación “debe revelar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control”.²⁰

El TJUE concluyó de forma incongruente que la motivación de la Decisión 2015/774 no adolecía de ninguna carencia que pueda implicar su invalidez. Por el contrario, y con razón, el TCA estima que es arbitraria: se separa de sus propias exigencias esenciales habituales en el procedimiento normativo.

(6.2) El principio de proporcionalidad y las opciones del BCE: política monetaria legal frente a política económica ilegal

El TCA no sólo cree que adolece de motivación; también de justificación objetiva de la competencia. Para el Tribunal alemán el BCE no justifica sus opciones en sus sucesivos actos jurídicos y le irrita que el TJUE no exija respeto al principio de atribución de competencias ni al principio de proporcionalidad; tampoco el BCE aprovechó el procedimiento prejudicial para convencer de sus medidas. El Tribunal alemán cree que es clave que el BCE justifique por qué el PSPP era indispensable para la estabilidad de

¹⁹ La jurisprudencia es abundante: entre muchas, sentencias de 11/VI/1991, *Comisión c. Consejo –dióxido de titanio–*, C-300/89; 9/XI/1995, *Alemania c. Consejo*, C-426/93; 7/III/1996, *PE c. Consejo*, C-360/93 (Memorándum CEE-US sobre contratación pública) e innumerables asuntos *PE c. Consejo*. De la motivación depende que se pueda controlar efectivamente la legalidad del acto.

²⁰ Entre otras, sentencias de 17/VII/2008, *cp-Pharma Handels GmbH c. República Federal de Alemania*, C-448/06; y 19/XI/2013, *Comisión/Consejo*, C-63/12.

precios (mandato monetario atribuido al TBCE) y por qué no optó por medidas sin implicaciones fiscales (es decir, sin invadir la competencia de los Estados). Es clave para apreciar si el BCE se excedió de las competencias atribuidas, es decir, si incurrió en un acto *ultra vires* contrario a las atribuciones hechas por los Estados.

El TJUE da una respuesta superficial: se limita a desgranar y repetir preceptos sobre la política monetaria (fundamentos 45 a 55, entre otros) y a constatar que “no hay error manifiesto” como si el error fuera la esencia de la invalidez o incompatibilidad sin más análisis. Para el TCA esa “restricción autoimpuesta” viola el mandato del TJUE (art. 19 TUE).

Al renunciar el TJUE –en opinión del Tribunal alemán– a su responsabilidad de custodio de los Tratados, permite que “el BCE expanda gradualmente sus competencias bajo su propia autoridad”, excediéndose el TJUE de las competencias atribuidas y no respetando los principios de atribución de competencias ni de proporcionalidad.

Hecha esa constatación por el TCA, ante ese vacío de no control que deja el TJUE, el TCA da un salto: lo tiene que asumir el propio TCA como órgano constitucional para defender los ámbitos soberanos que no han sido atribuidos por el Parlamento alemán.

La sentencia del TJUE de 2018 no cuidó como debiera los argumentos jurídicos, sobre todo porque no hace un examen en profundidad de las consecuencias económicas del programa de compras más allá de aspectos procedimentales de la ortodoxia monetaria. Su análisis es formal sin tener en cuenta los efectos materiales²¹ de las compras de los bonos. Lo que irrita extraordinariamente al TCA es que, al ignorar los efectos reales del PSPP en su evaluación de la proporcionalidad del programa y abstenerse de realizar una evaluación y valoración general a este respecto, impidió al principio de proporcionalidad cumplir su función correctiva (art. 5.4 TUE).

El TJUE, cierto, no hizo un análisis exhaustivo, sobre las consecuencias económicas de las medidas aparentemente monetarias tal como le había pedido el Tribunal alemán. El TJUE se esfuerza poco más allá de frases hechas sobre la estabilidad de precios (mandato monetario). El TJUE no calibra si, en las compras de bonos por el Eurosistema, el peso de las consecuencias económicas es mayor que las monetarias o muy significativas, lo que supondría una invasión de las competencias soberanas –no atribuidas al Eurosistema–.

En este aspecto fundamental sobre el respeto al principio de la atribución de competencias o invasión de competencias nacionales hay un divorcio claro entre la posición del TJUE, con un razonamiento negligente y *pro domo sua* a favor de la legalidad, y la del TCA; el Tribunal alemán estima que al no haberse ahondado por el TJUE en los efectos de las decisiones del Eurosistema para saber si hubo exceso o no, deduce que la falta de justificación convierte a tales decisiones en actos inválidos con

²¹ En la parte II de la sentencia del TCA se detallan los posibles efectos de política económica y fiscal del programa PSPP en los que cree ver el exceso de mandato del BCE y la falta de respeto al principio de proporcionalidad que el propio TJUE había exigido en su sentencia de junio de 2015. El examen de los mismos y su evaluación es lo que reprocha que no han hecho ni el BCE ni el TJUE.

incompetencia o exceso de los poderes atribuidos al BCE y Bancos Centrales nacionales (SEBC): *actos ultra vires*. La política económica y la fiscal son competencias no atribuidas a la Unión por los Tratados.

La reacción del TCA sólo en parte se comprende si se limitara a la crítica el mediocre desempeño del TJUE. Muy distinto es, y resulta paradójico e inadmisibles, porque en modo alguno tiene competencia para decir lo que es política monetaria y lo que no lo es, ni para juzgar a instituciones como el BCE o el propio Tribunal de Justicia. La competencia para constatar la invalidez de un acto de la Unión le está reservada por los Tratados al propio Tribunal de Justicia (art. 19 TFUE y procedimiento de anulación, arts. 263, 265 y 267 TFUE). Es lo que pactaron los “dueños y señores de los Tratados”, los Estados, Alemania.²²

El TCA rechaza frontalmente en este punto la sentencia del TJUE; no acepta la validez de las Decisiones por doble acto *ultra vires*, del BCE y Bancos centrales nacionales y del propio Tribunal al no haber ejercido su competencia de garantizar el respeto del Derecho. Para el TCA el análisis del TJUE sobre la proporcionalidad del programa de compras “no es comprensible” pues omite por completo los efectos de política económica del programa y se aparta del enfoque metodológico que sigue habitualmente.

El Tribunal Federal vierte acusaciones muy graves y algo desproporcionadas sobre el TJUE: “incomprensible”, “excede su mandato judicial”, arbitrariedad y carece “del mínimo de legitimación democrática”. El TCA puede criticar la sentencia de Luxemburgo, pero no puede no acatarla.

Hay que reconocer que hay partes de su sentencia en las que el TJUE no razona y no argumenta en su labor interpretativa y de control; como dice el TCA, no aplica “principios metodológicos reconocidos” (prácticas constitucionales comunes); al no razonar resulta “arbitraria” desde una perspectiva objetiva.

El Tribunal alemán no declara directamente la invalidez de las Decisiones, sino que dentro de su competencia ordena su inaplicación en Alemania a los órganos constitucionales alemanes si en un plazo de tres meses no se subsana y se justifica la competencia del Eurosistema y la proporcionalidad de su medida o bien restablezca la conformidad con los Tratados.

El Tribunal Federal ordena al Gobierno Federal y al *Bundestag* (Cámara Baja), junto al *Bundesbank*, que recaben del Consejo de Gobierno del BCE una nueva decisión que demuestre “de manera comprensible y comprobada que los objetivos de política monetaria perseguidos por el PSPP no tienen efectos desproporcionados de política económica y fiscal”. De no ser aceptable, el *Bundesbank* no podrá participar en la aplicación del PSPP: no podrá comprar bonos y venderá los que tenga en cartera.

²² El Tribunal de Justicia ha aceptado que las jurisdicciones nacionales puedan examinar la validez de un acto de la UE a fin de confirmar su legalidad; ahora bien, si, a resultados de ese examen por el juez nacional, creen que el acto de la Unión puede ser inválido, no pueden, en modo alguno, declarar la invalidez de un acto de las Instituciones: esa prerrogativa es del TJUE. Sentencia de 22/X/1987, *Foto-Frost*, 345/85.

El efecto de la sentencia del TCA es quebrar la primacía del Derecho de la UE, la unidad del ordenamiento común y la seguridad jurídica.

(6.3) Alemania contra Alemania: los ciudadanos alemanes y el TCA versus Gobierno, Parlamento alemán y Banco Federal

En esta sentencia de 2020 el TCA no se atreve a constatar la inhibición del Gobierno y el Parlamento (Cámara Baja) para haber impedido o controlado la proporcionalidad de la medida hasta tener la justificación que le exige al BCE.

De todos modos, la omisión por parte del Gobierno Federal y del *Bundestag* (Cámara Baja) de tomar medidas para garantizar la rescisión o la no implementación de las decisiones del BCE es la clave de la legitimación ciudadana para recurrir ante el TCA. Los ciudadanos son el último resorte para el control del poder público, especialmente cuando los poderes públicos se inhiben de combatir con los medios de defensa políticos y judiciales para proteger a la Constitución misma.²³ Un primer apunte positivo del sistema constitucional alemán (otra cosa son los daños colaterales sobre la Unión) es que no atribuye sólo a los poderes públicos el control constitucional como único medio de respeto de la Constitución.

En el fondo de las reticencias alemanas flota en el razonamiento, a su favor, que no puede permitirse a las instituciones europeas hacer indirectamente (política fiscal y económica) lo que los Tratados prohíben hacer directamente. Y que cuando esto se hace hay que motivar con detalle, deslindar y justificar el acto.

Alemania, como miembro en el Consejo de ministros de la UE, debe velar por el respeto de su Constitución y de las competencias atribuidas a la Unión; si el Gobierno no lo consigue en el Consejo de la UE, puede y debe recurrir al TJUE. Claro, siempre que el Gobierno alemán estime que la decisión del BCE o de otras instituciones son contrarias a los Tratados; y ni en 2012 ni en 2015 el Gobierno alemán impugnó el anuncio y las posteriores decisiones sobre compras en mercados secundarios.

Ni el Gobierno ni el Banco Federal –que forma parte del Sistema Europeo de Bancos Centrales, SEBC– se opusieron o recurrieron la Decisión de 2015 y sus paquetes complementarios. Tampoco el Parlamento exigió al Gobierno que lo hiciera.

Son los ciudadanos, el “pueblo alemán”, los que le piden controlar la inhibición del cumplimiento por los órganos federales de sus obligaciones constitucionales.

(7) El rechazo a la autoridad del TJUE por el Tribunal alemán

El Tribunal alemán no declara directamente la invalidez parcial de las decisiones de compras de bonos; no llega a tanto ni lo necesita. De forma tan ingeniosamente

²³ Ello ha sido un no pequeño incordio para las reformas y actuaciones de la UE, pero es un *bálsamo* para proteger la Constitución democrática de un pueblo frente a las inacciones y excesos de los poderes públicos nacionales tanto en su política interna como en la europea e internacional. La esencia de la democracia, desde Montesquieu y Tocqueville, es que el poder político tenga contrapesos en otros poderes. Los ciudadanos son el contrapeso.

construida desde la sentencia “Maastricht” y confirmada en la sentencia “Lisboa”, el TCA trata así de eludir que, de entrada, el examen de normas de derecho derivado pueda constituir *per se* una violación de la competencia exclusiva del TJUE: el examen de compatibilidad es una cuestión incidental... que acaba dando en el blanco. No examina la compatibilidad del derecho derivado directamente con la Constitución alemana, sino el respeto por el Gobierno y Parlamento alemán de sus obligaciones constitucionales, de respeto a la Constitución.²⁴ El TCA pretende lavarse las manos de una acusación de infringir directamente el Derecho de la UE por asumir la competencia del TJUE.

Italia pidió al TJUE en 2017 la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial del TCA en su conjunto. El Gobierno italiano intuía con fino juicio que el TCA “no reconoce valor vinculante a la respuesta que pueda darse a esta petición de decisión prejudicial” y estima, en cambio, que el TCA cree tener la responsabilidad última de pronunciarse sobre la validez de los actos de la UE “a la luz de las condiciones y los límites establecidos por la Ley Fundamental alemana”; también acusa que el TCA había aceptado “un recurso directo contra la validez de un acto de la Unión” neutralizando el procedimiento prejudicial (FJ 17, 18, 20).

El TJUE rechaza la solicitud italiana partiendo de un *a priori*: que sus sentencias prejudiciales “vinculan al juez nacional en cuanto a la interpretación de ese Derecho o a la validez de tales actos, a efectos de la resolución del litigio principal” y que la solicitud de prejudicial es posible también cuando un juez nacional “conoce de un litigio real en el que se cuestiona, con carácter incidental, la validez de un acto de la Unión”. No se daba por aludido de las amenazas y deslealtades del TCA desde 1974. En favor del TJUE fue generoso y legal, pero descuidado en su respuesta a la petición prejudicial sabiendo lo que se estaba jugando.

Pero claro que el TCA hace control de compatibilidad del acto del Eurosistema con el Derecho primario de la Unión; lo considera contrario a los tratados, lo declara inaplicable y prohíbe a los órganos internos su aplicación. Ya he señalado que cualquier juez nacional puede examinar si hay motivos para invalidar un acto de las instituciones y si estima que no hay motivos, confirmar la validez (agiliza los procedimientos y no quiebra la primacía ni la seguridad jurídica); pero si sospecha que es inválida debe acudir al TJUE (acudió) y respetar la sentencia del Tribunal legal del derecho de la UE, el TJUE.

Una doble divergencia como la mantenida por el TCA, declarando la inaplicación en Alemania de un acto obligatorio del BCE y al tiempo negando la competencia y autoridad del TJUE quiebra la unidad misma del orden jurídico común y la exigencia fundamental de la seguridad jurídica.

La coherencia del sistema exige que la competencia para constatar la invalidez de un acto esté reservada al Tribunal de Justicia y, por ello, los art. 19 TUE, 263, 265 y 267 TFUE le confían con carácter exclusivo el control de la legalidad.²⁵ Esa fue la voluntad

²⁴ Se podría decir, sarcásticamente, que el TCA no hace el control directo de los actos de la UE –del BCE– sino que van al “mercado secundario” de las instituciones nacionales que el TCA estima unilateralmente permisivas: si hay inhibiciones de los órganos constitucionales entonces juzga el acto permitido por las instituciones como el BCE. Es lo que hace en la sentencia de 5/V/2020.

²⁵ Sentencia *Foto-Frost*, citada, n. 22.

de los “dueños y señores de los Tratados” (expresión propia del TCA, *Herren der Verträge*) contra la que ahora se rebela el TCA. ¿Y quién decide que la materia es atribuida o no a la UE?

(7.1) *La competencia sobre la competencia jurisdiccional (“kompetenz-kompetenz”)*

Cuando se llega a esta situación hay que reconocer la gravedad del conflicto de competencias. En una situación así se plantea una cuestión tradicional propia de la atribución de competencias a una jurisdicción internacional. No me refiero a la competencia sobre la atribución de competencias soberanas y su conformidad constitucional que siempre corresponderá a los tribunales constitucionales (compatibilidad de tratados con la constitución).

¿Quién tiene la competencia sobre la competencia judicial? Este dilema se conoce universalmente en lengua alemana: *kompetenz-kompetenz*. ¿Cuándo se plantea un conflicto entre jurisdicciones nacionales e internacionales, qué tribunal dirime la competencia?

Todo Tribunal *internacional* tiene la “competencia de la competencia”: tiene el poder inherente de determinar su propia jurisdicción, decidiendo, frente a los Estados o su poder judicial, sobre su propia competencia. La misma solución se sigue en los sistemas federales para controversias competenciales entre tribunales internos (EEUU, o la propia Alemania).

Los Estados miembros de la UE le han atribuido al TJUE la competencia exclusiva de controlar los actos de las instituciones y su conformidad con los tratados (art. 19 TUE; 263, 265 y 267 TFUE). Lo mismo se acepta en Naciones Unidas para el Tribunal Internacional de Justicia (art. 36.2 de su Estatuto); o en las dos Cortes penales *ad hoc* (para los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia y la de Ruanda)²⁶ y también en la Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma (art. 19). Como decía el inolvidable presidente Antonio Cassese en la sentencia *Tadic*, cada Tribunal en el ordenamiento internacional es *self-contained*, capaz de decidir sobre su propia competencia de acuerdo a sus propias normas.

(7.2) *¿“Quis custodiet ipsos custodios”?*

El TCA proclama que no respeta la autoridad del Tribunal de la Unión porque estima que el mismo Tribunal de Justicia actúa *ultra vires*. No la respeta, y a renglón seguido se la atribuye y asume las competencias propias del TJUE. Sin embargo, los Tratados que autorizó Alemania no le reconocen la competencia de controlar la compatibilidad de los actos de las Instituciones de la UE. Es el propio TCA el que actúa claramente *ultra vires*.

No es admisible la deducción que hace el TCA ante tal ineptitud y desidia del TJUE – que la hubo–: que no debe respetar la decisión del TJUE. Desde luego, la obligación de

²⁶ Véase *The Prosecutor v. D. Tadic, Decisión on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, case IT-94-1-AR72.

respeto a la autoridad del TJUE es clara, incluso cuando adopte una decisión contra la cual puedan formularse críticas de peso en contra.

No hay fundamento alguno en los Tratados para que ante una hipotética sentencia de mala calidad del TJUE, cualquier Tribunal nacional actúe unilateralmente.

Lo grave es que ahora el TCA ha estimado, contra una previa sentencia del TJUE que confirmaba la validez, que hubo violación del tratado y que no es aplicable a Alemania.

El TCA no respeta la obligación de Alemania de no interferir en el monopolio conferido al TJUE para examinar la validez de los actos de las instituciones. Los tratados son claros; sin embargo, el TCA sólo reconoce ese monopolio *en tanto (solange)* no estime que el TJUE ha ejercido mal su competencia. Se erige en el *custodio del custodio*.

Pero esta reserva en favor del Tribunal Federal alemán no tiene resquicio de viabilidad en los tratados. Es evidente que el TJUE es el único al que los Estados miembros han conferido esa competencia *en las materias atribuidas a la UE* y para los actos de las instituciones; por tanto, es el único que debe juzgar si la norma del BCE ha sido adoptada en virtud de una competencia atribuida. Si no gusta el razonamiento por fallos argumentativos del Tribunal común, el TCA no es el guardián de las esencias jurisdiccionales. Es la respuesta ortodoxa.

Pero es claro que el TCA sospecha que cuando el TJUE confirma la legalidad competencial sin ver un probable exceso, puede estar tentado de que, como institución comunitaria, haya decidido “en interés propio”. Aun así, no estaría legitimado de forma unilateral un tribunal constitucional para asumir la competencia del TJUE. Es su posición unilateral. No es una sospecha o convicción que llegue a todos o la mayoría de los Estados miembros, al poder constituyente de la UE. Si esa sospecha se apoderara de la mayoría de los Estados, entonces habría que examinar la nueva situación.

Si el nivel de disconformidad con el ejercicio de las competencias atribuidas al TJUE fuera evidente para varios Estados, estaríamos –y no lo estamos– ante una controversia internacional entre los Estados dueños y señores de los Tratados.

El Estado alemán no ha visto controversia jurídica grave. Y si la hubiera, afectaría al poder constituyente de la Unión. Sería una controversia de “puro” Derecho Internacional Público. Una diferencia jurídica, si la hubiera, entre los Estados que respaldan el acto jurídico potencialmente lesivo por exceso de competencia y los Estados que no aprecian la existencia de una ilegalidad competencial.

El árbitro, si hubiera dudas sobre el *custodio del Derecho de la UE*, sobre el TJUE, debe ser la negociación política y la confianza mutua entre Estados e instituciones. Los *hacedores* de las normas y actos comunitarios deberían examinar y contribuir a dilucidar si el contenido de la norma proyectada puede vulnerar el *espacio irreductible* de los Estados y originar tensiones constitucionales costosas entre los Estados y la Unión. De todos ellos, instituciones y Estados hay que esperar una cooperación leal en el proceso de decisión y presumir que van a respetar sus respectivos ámbitos de competencia y conjunto de equilibrios que dan vida al sistema.

Conclusión

El TCA proclama abiertamente un rechazo frontal a la autoridad del TJUE de modo que no se somete –como es su obligación– a la interpretación dada por el TJUE en su sentencia de 11 de diciembre de 2018. Esta actitud es de una gravedad insólita. Y esto es independiente de que su insubordinación la excuse por el supuesto exceso de competencia del TJUE y una supuesta arbitrariedad y desidia argumentativa en este caso. Se niega a aplicar parcialmente la sentencia del TJUE de 2018.

La sentencia del TCA ha consumado una grave infracción de los Tratados de la UE de la que es responsable la República Federal de Alemania²⁷ al erigirse su Tribunal Constitucional en el juez supremo de la integración en lugar y por encima del TJUE. La Comisión podría demandar por incumplimiento a Alemania (art. 258 TFUE), pero hay que reconocer que el Gobierno alemán ha sido leal y cooperativo hasta donde ha podido constitucionalmente.

La autonomía de decisión del TJUE sirve en interés del objetivo de la integración y de la seguridad jurídica. Las tradiciones y práctica internacionales lo confirman. De forma expresa así se ha aceptado durante 70 años en los propios Tratados de la UE por los “dueños de los Tratados” y se determina que es el TJUE el que tiene la competencia última sobre la legalidad de los actos de las instituciones europeas y no los tribunales nacionales.

No podría garantizarse la primacía del Derecho de la Unión, su unidad y la seguridad jurídica. No podría garantizarse la igualdad de los Estados miembros (art. 4.2 TUE) si un tribunal nacional pudiera imponerse sobre el tribunal común.

De esa rebelión del TCA y asunción de competencias que no le corresponden se pueden derivar daños colaterales, pues el Tribunal constitucional alemán pretende quebrar la independencia obligada del BCE, sometiéndole a sus exigencias y estimulando el activismo del *Bundesbank* para que influya sobre el BCE bajo la amenaza del centinela de la hegemonía monetaria alemana. La falta de independencia del BCE ya no preocupará al TCA ni a Alemania: el hegemón monetario identifica la independencia con la ortodoxia germana y su exclusivo sentido de lo que es o no proporcionado.

²⁷ Para el Tribunal de Justicia de la UE, siguiendo las exigencias propias del Derecho Internacional, “la responsabilidad de un Estado miembro en caso de incumplimiento (art. 258 TFUE) queda comprometida sea cual sea el órgano del Estado cuya acción u omisión esté en el origen de la infracción, aún en el caso de que se trate de una institución constitucionalmente independiente” (sentencia de 5/V/1970, *Comisión c. Bélgica*, 77/69). De forma todavía más explícita, el Tribunal ha declarado que “un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno, ni siquiera las que derivan de su organización federal, para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos...” (SSTJCE, 11/X/2001, *Comisión c. Austria*, C-110/00; 12/XII/1996, *Comisión c. Alemania*, C-298/95; y 6/VI/2000, *Comisión c. Bélgica*, C-236/99).