

EL CONFLICTO ENTRE EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN Y EL
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA,
SALA SEGUNDA [BUNDESVERFASSUNGSGERICHT,
ZWEITEN SENATS], 2 BVR 859/15, 2 BVR 1651/15, 2
BVR 2006/15, 2 BVR 980/16, DE 5 DE MAYO DE 2020

THE CONFLICT BETWEEN THE GERMAN FEDERAL
CONSTITUTIONAL COURT AND THE COURT OF JUSTICE OF
THE EUROPEAN UNION: COMMENTARY ON THE GERMAN
FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT, SECOND SENATE
[BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, ZWEITEN SENATS] JUDGMENT
2 BVR 859/15, 2 BVR 1651/15, 2 BVR 2006/15, 2 BVR 980/16, OF 5
MAY 2020

Antonio BAR CENDÓN
Catedrático de Derecho Constitucional
Catedrático Jean Monnet *ad personam*
Universidad de Valencia
<https://orcid.org/0000-0001-5306-5121>

RESUMEN

El Tribunal Constitucional Federal alemán emitió el 5 de mayo de 2020 una larga y dura sentencia (2 BvR 859/15), que viene a contradecir y desautorizar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 11 de diciembre de 2018 (C-493/17, Weiss; ECLI:EU:C:2018:1000). El Tribunal Constitucional Federal no duda en calificar de incomprensible, carente de sentido y, desde luego, ultra vires la decisión del Tribunal de Justicia y el modo en el que se produjo el razonamiento del Alto Tribunal europeo. Lo que está en cuestión en el fondo es el Programa de Compras de Activos del Sector Público (PSPP) del BCE y la propia capacidad del BCE y del SEBC para adoptar ese tipo de decisiones, que pueden exceder su competencia como reguladores de

la política monetaria de la UE, para introducirse de lleno en el campo de la política económica. En este trabajo, pues, se analizan y comparan los razonamientos que justifican las respectivas decisiones judiciales y se evalúan sus consecuencias.

Palabras clave: Tribunal Constitucional Federal, Tribunal de Justicia, Banco Central Europeo, Sistema Europeo de Bancos Centrales, Programa de Adquisición de Bonos de Titulización de Activos (ABSPP), Programa de Compras de Activos del Sector Público (PSPP).

Resoluciones analizadas: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, C-493/17, Weiss, ECLI:EU:C:2018:1000, de 11 de diciembre de 2018. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sala Segunda [Bundesverfassungsgericht, Zweiten Senats], 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, de 5 de mayo de 2020.

ABSTRACT

On May 5, 2020, the Federal Constitutional Court of Germany issued a long and harsh judgment (2 BvR 859/15) that contradicts and disavows the judgment of the Court of Justice of the EU of December 11, 2018 (C-493/17, Weiss; ECLI:EU:C:2018:1000). The Federal Constitutional Court does not hesitate to describe as incomprehensible, meaningless and, of course, ultra vires, the decision of the Court of Justice of the EU and the way in which the reasoning of the high European court was produced. In substance, what is at stake is the ECB's Public Sector Assets Purchase Programme (PSPP) and the ECB and ESCB's power to take such decisions, which might exceed their competence as regulator of the EU monetary policy, to fully encroach into the field of the EU economic policy. This article analyses and compares the reasoning that fundaments the respective judicial decisions and evaluates the consequences that might result from them.

Keywords: Federal Constitutional Court, Court of Justice, European Central Bank, European System of Central Banks, Asset-backed Securities Purchase Programme (ABSPP), Public Sector Asset Purchase Programme (PSPP).

Analyzed decisions: Court of Justice of the European Union, Grand Chamber, Judgment C-493/17, Weiss, ECLI:EU:C:2018:1000, of 11 December 2018. German Federal Constitutional Court, Second Senate [Bundesverfassungsgericht, Zweiten Senats] Judgment 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, of 5 May 2020.

I. ANTECEDENTES

El Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, BVerfG o TCF) emitió el 5 de mayo de 2020 una larga y dura sentencia que supone, siquiera sea nominalmente, un fuerte golpe al proceso europeo de integración. La sentencia (2 BvR 859/15¹) es dura, por los términos empleados y por el tono general que rezuma. Se trata de una severa crítica al Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJ) y a su Sentencia de 11 de diciembre de 2018 (asunto C-493/17, *Weiss*; nomenclatura oficial: ECLI:EU:C:2018:1000²), en la que el TCF no duda en utilizar términos como *incomprensible*, *carente de sentido* y, desde luego, *ultra vires*, contra la decisión del TJ y el modo en el que se produjo el razonamiento del Alto Tribunal europeo. Críticas que denotan un elevado punto de arrogancia y que manifiestan un cierto menosprecio con respecto al Tribunal de Luxemburgo y, claro es, una consciente ignorancia del contenido y significado del ordenamiento jurídico de la UE. Todo ello, en un largo texto, de 93 páginas y 235 párrafos o fundamentos jurídicos.

La sentencia del TCF trae causa de una petición de decisión prejudicial planteada por el propio tribunal alemán ante el TJ sobre la validez de la Decisión (UE) 2015/774 del Banco Central Europeo, de 4 de marzo de 2015, sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios, en su versión modificada por la Decisión (UE) 2017/100 del Banco Central Europeo, de 11 de enero de 2017³, en relación con las previsiones del art. 4.2 TUE y de los arts. 123 y 125 TFUE. Esta petición de decisión prejudicial se hizo

¹ En realidad, la denominación de la Sentencia de la Segunda Sala –Zweiten Senats– del TCF, de 5 de mayo de 2020, es más larga, por cuanto versa sobre cuatro recursos acumulados: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15 y 2 BvR 980/16. Aquí vamos a referirnos a ella, de forma abreviada, como «2 BvR 859/15».

² Aquí nos referiremos a ella, de manera abreviada, como «caso *Weiss*».

³ En realidad, la decisión del programa de compras de 2015 –Decisión (UE) 2015/774 sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (DO L 121, 14.5.2015)– fue modificada por cuatro decisiones del BCE, adoptadas todas ellas el 11 de enero de 2017: Decisión (UE) 2017/100, sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios; Decisión (UE) 2017/101, sobre la ejecución del tercer programa de adquisiciones de bonos garantizados; Decisión (UE) 2017/102, sobre la ejecución del programa de adquisiciones de bonos de titulización de activos, y Decisión (UE) 2017/103, sobre la ejecución del programa de compras de bonos corporativos (DO L 16, 20.1.2017).

en el marco de un proceso suscitado por cuatro recursos de amparo en relación con la aplicabilidad en Alemania de diversas decisiones del Banco Central Europeo (BCE), con la participación del Deutsche Bundesbank (Banco Federal Alemán).

Dada la difícil situación financiera por la que atravesaba la UE en aquel momento, el 4 de septiembre de 2014, el Consejo de Gobierno del BCE decidió poner en marcha un programa de adquisición de bonos garantizados (denominado «tercer programa») y un programa de adquisición de bonos de titulización de activos (en inglés, *asset-backed securities purchase programme*, ABSPP). La intención de estos programas de compras de activos era, pues, mejorar la transmisión de la política monetaria y facilitar la concesión de créditos a la economía de la zona del euro, coadyuvando con ello a facilitar las condiciones de los préstamos para los hogares y las empresas y, en fin, contribuir así a devolver las tasas de inflación a niveles más cercanos al 2%, de conformidad con el objetivo primordial del BCE de mantener la estabilidad de precios. Poco después, el 22 de enero de 2015, el BCE decidió que las compras de activos deberían ampliarse para incluir un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (en inglés, *public sector asset purchase programme*, PSPP) (Decisión (UE) 2015/774 del Banco Central Europeo). Con arreglo al PSPP, el BCE y los bancos centrales nacionales podían, en la proporción que reflejase su respectiva participación en el capital clave del BCE, realizar compras simples de instrumentos de renta fija negociables a entidades de contrapartida en los mercados secundarios. Una vez más, la intención era proporcionar un estímulo monetario, evitando la caída acentuada de la inflación real en la zona del euro a mínimos históricos. En la interpretación del BCE, como se aprecia en los preámbulos de las decisiones mencionadas, el PSPP era una medida proporcionada para mitigar los riesgos en las perspectivas de evolución de los precios y de las condiciones monetarias y financieras en la zona del euro, apoyando así el consumo y la inversión; contribuyendo, en última instancia, a alcanzar una tasa de inflación de nivel inferior, pero cercano al 2%.

En su conjunto, el PSPP, el ABSPP y el tercer programa combinados –cuya duración estaba prevista hasta el final de septiembre de 2016– suponían un aporte de liquidez que alcanzaba los 60 000

millones de euros. Sin embargo, el 8 de diciembre de 2016, el BCE decidió ampliar el Programa de Adquisición de Activos Financieros (PAA), tanto en lo que se refería a su horizonte temporal –ampliándolo hasta el final de diciembre de 2017, o más allá, si fuera necesario– como en lo que se refería a su montante económico, estableciéndose que la liquidez proporcionada al mercado por las compras mensuales conjuntas debería alcanzar los 80 000 millones de euros hasta el final de marzo de 2017 y, desde abril hasta el final de diciembre de 2017, debería mantenerse la cifra de 60 000 millones de euros (Decisión (UE) 2017/100 del Banco Central Europeo).

Por otra parte, desde un punto de vista estrictamente jurídico, es claro que el BCE operó de esta manera entendiendo que su actuación era plenamente legal y proporcionada al cumplimiento de los objetivos que le marcan los Tratados y los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (ESEBC). En concreto, el art. 282.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que *[e]l objetivo principal del SEBC será mantener la estabilidad de precios, añadiendo inmediatamente que, [s]in perjuicio de este objetivo, prestará apoyo a las políticas económicas generales de la Unión para contribuir a la consecución de los objetivos de ésta.* Y el art. 18.1 de los ESEBC⁴ establece que *el BCE y los bancos centrales nacionales podrán operar en los mercados financieros comprando y vendiendo directamente (al contado y a plazo), o con arreglo a pactos de recompra, prestando o tomando prestados valores y otros instrumentos negociables, ya sea en euros o en otras monedas, así como en metales preciosos.*

En este sentido, como reza el propio preámbulo de la Decisión (UE) 2017/100 del BCE, *[e]l PAA se adapta plenamente a las obligaciones de los bancos centrales del Eurosistema con arreglo a los Tratados, incluida la prohibición de financiación monetaria, y no impide el funcionamiento del Eurosistema de conformidad con el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia. A lo que añade: La adquisición de activos conforme al PAA es una medida proporcionada para mitigar los riesgos de las perspectivas de la evolución de los precios, ya que facilitará aún más las condiciones*

⁴ Protocolo (n.º 4) sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo [ad TFUE].

monetarias y financieras, incluidas las que afectan a las condiciones de los préstamos a las sociedades no financieras y los hogares de la zona del euro, apoyando así el consumo y la inversión agregados de la zona del euro y contribuyendo, en definitiva, a devolver a medio plazo las tasas de inflación a niveles inferiores pero próximos al 2% (párrafo que repite al pie de la letra lo que ya decía el preámbulo de la Decisión (UE) 2015/774).

Sin embargo, los recurrentes acudieron en recurso de amparo ante el TCF alemán, al entender que las decisiones del BCE infringían las previsiones del art. 119 TFUE, en lo que se refiere a las competencias de la UE en materia de política económica y monetaria; del art. 123.1 TFUE, por lo que respecta a la prohibición de que el BCE y el SEBC concedan créditos o financien directamente a los Gobiernos de los Estados, o a cualquier otro tipo de autoridad pública, o que adquieran directamente de los mismos instrumentos de deuda; del art. 127 TFUE, en lo concerniente al objetivo y competencias del BCE y del SEBC, y, en la misma línea, de los arts. 17 a 24 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, en lo que se refiere a su capacitación para operar en los mercados financieros, comprando y vendiendo directamente valores y otros instrumentos negociables, así como para realizar operaciones de crédito con entidades de crédito y otros participantes en el mercado de capitales. Y, todo ello, por entender que, al infringir esas normas, no solo el BCE y el SEBC habían incurrido en *ultra vires*, sino que, por lo mismo, habían vulnerado el principio de distribución de competencias entre la UE y los Estados miembros y, por lo tanto, habían vulnerado el principio democrático consagrado en la Ley Fundamental de Alemania –su identidad constitucional–. Esto, además –en su opinión–, se había producido gracias a la participación directa del Banco Federal de Alemania en la ejecución de estas decisiones del BCE, y a la inacción del Gobierno y del Parlamento Federal alemanes, que habían aceptado, sin control alguno, su realización. Consecuentemente, todo ello suponía una flagrante vulneración de sus derechos fundamentales.

Es así como el TCF alemán no solo admitió a trámite esos recursos de amparo, sino que, al ver que eran preceptos básicos de los Tratados de la Unión lo que en el fondo se discutía, decidió plantear una cuestión prejudicial ante el TJ. La cuestión incluía una larga y

detallada lista de preguntas y subpreguntas en las que, en sustancia, se venía a preguntar al TJ si las decisiones del BCE que regulaban el programa de compras de valores en el mercado secundario –en concreto, el PSPP– infringían los mencionados artículos 119, 123.1 y 127 TFUE y los artículos 17 a 24 de los Estatutos del BCE y del SEBC.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) emitió su sentencia el 11 de diciembre de 2018 (caso C-493/17, *Weiss*, ECLI:EU:C:2018:1000). Pero, y antes de entrar en el fondo de la cuestión, hubo de pronunciarse sobre admisibilidad de la petición de decisión prejudicial, a la que, sorpresiva y muy excepcionalmente, se opuso el Gobierno italiano tanto por cuestiones de forma como por cuestiones de fondo. En lo que se refiere al aspecto formal, entendía el Gobierno italiano –no sin razón– que la cuestión prejudicial suponía, en realidad, un recurso directo contra la validez de un acto de la Unión ante un tribunal nacional, cuando, de acuerdo con el art. 267 TFUE, solo es posible presentar una petición de decisión prejudicial sobre la validez de actos de la Unión si dicha petición tiene su origen en actos nacionales adoptados para su aplicación. Sin embargo, entiende el TJ que las peticiones de decisión prejudicial sobre la validez de un acto de la Unión son admisibles cuando el órgano jurisdiccional remitente –como sucede en este caso– conoce de un litigio real en el que se cuestiona, con carácter incidental, la validez de un acto de la Unión (y cita en su apoyo su Sentencia de 16 de junio de 2015, C-62/14, *Gauweiler*, EU:C:2015:400, apartado 29). Y, en lo que se refiere a la cuestión de fondo, entendía el Gobierno italiano que los recursos ponían en entredicho las decisiones adoptadas por el BCE en el marco de su facultad discrecional para dar ejecución a su Decisión 2015/774. Sin embargo, el TJ entendió que, conforme al principio de atribución de competencias formulado en el artículo 5.2 TUE, tanto el BCE como el SEBC deben actuar dentro de los límites de las facultades que les confiere el derecho primario, por lo que no pueden adoptar ni ejecutar un programa que no esté comprendido en el ámbito que este derecho atribuye a la política monetaria. Por ello, los actos del BCE y del SEBC se hallan sujetos, en las condiciones previstas por los Tratados, al control jurisdiccional del TJ (y, de nuevo, cita en su apoyo su Sentencia C-62/14, *Gauweiler*, EU:C:2015:400, apartado 41).

En todo caso, como parece evidente, fue el temor a perder el importante apoyo económico que suponía para Italia la aplicación del plan PSPP del BCE, en el caso de que este fuese anulado, lo que motivó la actuación del Gobierno italiano, más que su preocupación por la correcta aplicación de los procedimientos procesales ante el TJ, en un asunto en el que, además, parecía –en principio– que se dilucidaba solo una cuestión de índole interna alemana.

Y, en fin, con respecto a la sustancia de la cuestión planteada, el TJ centra su razonamiento sobre nueve de las cuestiones planteadas por el TCF alemán. Y van a ser, precisamente, las respuestas que el TJ da a esas cuestiones lo que va a provocar la dura réplica del TCF –en su Sentencia 2 BvR 859/15–, que se manifiesta insatisfecho y sorprendido por lo que considera una endeble sentencia del TJ. Pero de ello nos ocupamos en el apartado que sigue.

II. COMENTARIO

En su conjunto, podría decirse que, mientras que el TJ atendió en sus razonamientos, primordialmente, a cuestiones de legalidad, procurando una nuda interpretación de las previsiones del TFUE y de los Estatutos del BCE y del SEBC, el TCF fue más allá y basó su argumentación en cuestiones de oportunidad, de política económica, de proporcionalidad y de eficacia. En otras palabras, trató de evaluar la adecuación las decisiones adoptadas y las previsiones jurídicas utilizadas a los fines de política monetaria y económica perseguidos, y la efectiva –y proporcionada– consecución de los objetivos buscados. Y esto, en mi opinión, no es ni la función ni el propósito de un tribunal de justicia, aunque sea de carácter constitucional y haya de aplicar unas normas tan polifacéticas como lo son una constitución o los Tratados constitutivos de la UE. Y es esta pérdida del enfoque lo que ha llevado al BVerfG a pronunciar una sentencia tan estridente como la que aquí analizamos.

1. *El TJUE*

Así, si nos atenemos a los puntos principales sobre los que el TJ centró su contestación a la cuestión prejudicial planteada por TCF alemán, estos fueron los siguientes:

1) En lo que se refiere al supuesto incumplimiento de la obligación de motivar adecuadamente sus decisiones, por parte del BCE, en vulneración de la exigencia establecida por el párrafo segundo del art. 296 TFUE, el TJ entendió que la motivación fue suficiente, por cuanto, si bien este precepto obliga a *revelar de manera clara e inequívoca el razonamiento del autor del acto controvertido, de modo que los interesados puedan conocer la justificación de la medida adoptada y el Tribunal de Justicia pueda ejercer su control, no se exige que especifique todas las razones de hecho o de Derecho pertinentes* (párr. 31) y, *[e]n particular, cuando se trata de un acto de aplicación general que refleja esencialmente el objetivo que se proponen conseguir las instituciones, no puede exigirse una motivación específica para cada una de las decisiones técnicas por las que hayan optado* (párr. 32). A mayor abundamiento, y como ya hemos visto más arriba, *[e]n el presente asunto, en los considerandos 3 y 4 de la Decisión 2015/774 se hacen constar tanto el objetivo que subyace al PSPP como el contexto económico que justificó la creación de dicho programa y los mecanismos por los que este debe producir sus efectos* (párr. 34).

2) En lo que se refiere a si la decisión del BCE excedió el marco de las competencias que le atribuyen los artículos 119 y 127 TFUE y los artículos 17 a 24 de los Estatutos del BCE y del SEBC, teniendo en cuenta, en particular, la magnitud de los efectos que se derivan del volumen de bonos que pueden adquirirse en virtud del PSPP y de la duración de este programa, el TJ afirmó que *conforme al artículo 282 TFUE, apartado 1, el BCE y los bancos centrales de los Estados miembros cuya moneda es el euro, que constituyen el Eurosistema, dirigen la política monetaria de la Unión, y, en particular, el BCE adopta las medidas necesarias para desempeñar sus cometidos con arreglo a los artículos 127 TFUE a 133 TFUE y 138 TFUE y a las condiciones establecidas en los Estatutos del SEBC y del BCE* (y menciona en su apoyo las Sentencias de 27 de noviembre de 2012, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, apartado 49, y de 16 de junio de 2015, Gauweiler, C-62/14, EU:C:2015:400, apartado 36) (párrs. 48 y 49). Ello supone que *corresponde al SEBC definir y ejecutar con independencia esa política, respetando el principio de atribución de competencias, cuya observancia incumbe garantizar al Tribunal de Justicia en los términos previstos por los Tratados,*

mediante el ejercicio de su control jurisdiccional (véanse, en este sentido, las Sentencias de 10 de julio de 2003, Comisión vs. BCE, C-11/00, EU:C:2003:395, apartado 134, y de 16 de junio de 2015, Gauweiler, C-62/14, EU:C:2015:400, apartados 37, 40 y 41) (párr. 49). Y, en fin, con arreglo a los artículos 127 TFUE, apartado 1, y 282 TFUE, apartado 2, *el objetivo primordial de la política monetaria de la Unión es mantener la estabilidad de precios* y, por otro lado, *esas mismas disposiciones establecen que, sin perjuicio de este objetivo, el SEBC prestará apoyo a las políticas económicas generales de la Unión para contribuir a la consecución de los objetivos de esta, definidos en el artículo 3 TUE* (Sentencias de 27 de noviembre de 2012, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, apartado 54, y de 16 de junio de 2015, Gauweiler, C-62/14, EU:C:2015:400, apartado 43) (párr. 51).

3) Sobre la separación de la política monetaria de la política económica y la exclusión de esta última del campo de acción del BCE y del SEBC, entiende el TJ que *los autores de los Tratados han optado por definir el objetivo principal de la política monetaria de la Unión —el mantenimiento de la estabilidad de precios— de manera general y abstracta, sin determinar con precisión el modo en que dicho objetivo debe concretarse desde el punto de vista cuantitativo* (párr. 55). A este respecto —añade el TJ— *procede señalar que el artículo 127 TFUE, apartado 1, prevé que, por un lado, sin perjuicio de su objetivo principal de mantener la estabilidad de precios, el SEBC apoyará las políticas económicas generales de la Unión y que, por otro lado, el SEBC debe actuar respetando los principios establecidos en el artículo 119 TFUE* (párr. 60). En este sentido, dice el TJ, *procede recordar que la dirección de la política monetaria implica influir de modo continuado en los tipos de interés y en las condiciones de refinanciación de los bancos, lo que necesariamente entraña consecuencias para las condiciones de financiación del déficit público de los Estados miembros* (Sentencia de 16 de junio de 2015, Gauweiler, C-62/14, EU:C:2015:400, apartado 110) (párr. 64). *Por lo tanto, para ejercer influencia sobre las tasas de inflación, el SEBC debe necesariamente recurrir a medidas que produzcan determinados efectos sobre la economía real, a cuya consecución también podría aspirarse, con otros fines, en el marco de la política económica* (párr. 66). En estas circunstancias —concluye el TJ—, *excluir la posibilidad*

de que el SEBC adopte estas medidas cuando sus efectos previsibles afecten a la política económica *le impediría, en la práctica, utilizar los medios que le reconocen los Tratados para alcanzar los objetivos de la política monetaria y, especialmente en el contexto de una crisis económica que implique un riesgo de deflación, podría obstaculizar seriamente la realización de la misión que le incumbe en virtud del Derecho primario* (párr. 67).

4) En lo que se refiere a la proporcionalidad de las decisiones del BCE en relación con los objetivos de la política monetaria, entiende el TJ que *de los artículos 119 TFUE, apartado 2, y 127 TFUE, apartado 1, en relación con el artículo 5 TUE, apartado 4, se desprende que un programa de compra de bonos incluido en el ámbito de la política monetaria solo puede adoptarse y aplicarse legítimamente en tanto en cuanto las medidas que contenga sean proporcionadas a los objetivos de dicha política* (Sentencia de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, C-62/14, EU:C:2015:400, apartado 66). En este sentido, *Por lo que respecta, en primer lugar, a la idoneidad del PSPP para alcanzar los objetivos del SEBC, se desprende del considerando 3 de la Decisión 2015/774, de documentos publicados por el BCE en el momento de su adopción y de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia que la Decisión 2015/774 se adoptó teniendo en cuenta diversos factores que aumentaban significativamente el riesgo de disminución de precios a medio plazo en el contexto de una situación de crisis económica que implicaba un riesgo de deflación* (párr. 74). *En estas circunstancias, habida cuenta de los efectos previsibles del PSPP y de que el objetivo del SEBC no podría haberse logrado mediante otro tipo de medidas de política monetaria, que implicaran una intervención más limitada, procede considerar que, por su propia naturaleza, el PSPP no va manifiestamente más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo* (párr. 81). En este sentido, pues, el TJ no puede menos que considerar que las medidas adoptadas por el BCE fueron plenamente proporcionadas, tanto en lo que se refiere a los mecanismos financieros utilizados como en lo tocante a su volumen económico, y también a su extensión temporal.

5) Sobre la prohibición de la financiación directa de los Gobiernos de los Estados miembros y otras autoridades públicas, recogida en el art. 123 TFUE, la supuesta equivalencia entre la intervención

del PSPP y la adquisición de bonos en el mercado primario, y la hipotética neutralización en los Estados miembros beneficiarios de la incitación a aplicar una sana política presupuestaria, entiende el TJ que la Decisión 2015/774 del BCE solo prevé la adquisición de bonos de las autoridades y organismos públicos exclusivamente de modo indirecto, en los mercados secundarios, por lo que la intervención del SEBC que prevé el PSPP no puede equipararse, en modo alguno, a una medida de asistencia financiera a un Estado miembro (párr. 104). A mayor abundamiento, afirma el TJ que *el SEBC no está facultado para adquirir bonos en los mercados secundarios en condiciones que confieran a su intervención, en la práctica, un efecto equivalente al de la adquisición directa de bonos a las autoridades y organismos públicos de los Estados miembros* (véase, en este sentido, la Sentencia de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, C-62/14, EU:C:2015:400, apartado 97). Y, por otro lado, *el SEBC debe adoptar garantías suficientes para conciliar su intervención con la prohibición de la financiación monetaria prevista en el artículo 123 TFUE, de modo que tal programa no sea capaz de neutralizar en los Estados miembros beneficiarios la incitación a aplicar una sana política presupuestaria, que es el objetivo de dicha disposición* (y, de nuevo, en este sentido, menciona la Sentencia de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, C-62/14, EU:C:2015:400, apartados 100 a 102 y 109) (párrs. 106 y 107). Por otra parte, *un Estado miembro no puede basarse en las facilidades de financiación que pueda ocasionar la ejecución del PSPP para renunciar a aplicar una sana política presupuestaria, sin correr el riesgo, en definitiva, de que los bonos que emita queden excluidos de este programa debido a la degradación de su calificación crediticia o de que el SEBC revenda bonos emitidos por dicho Estado miembro que haya adquirido anteriormente*. De todo ello se deduce –en la percepción del TJ– que *la Decisión 2015/774 no tiene por efecto neutralizar en los Estados miembros beneficiarios la incitación a aplicar una sana política presupuestaria* (párrs. 143 y 144).

6) Sobre la tenencia de bonos hasta su vencimiento y sobre la adquisición de bonos con un rendimiento negativo al vencimiento, entiende el TJ que, por lo que respecta, en primer lugar, a la posibilidad de que el SEBC conserve los bonos adquiridos en virtud del PSPP hasta su vencimiento, procede recordar que dicha práctica

no está en absoluto excluida por el artículo 18, apartado 1, del Protocolo sobre el SEBC y el BCE y que *no implica renuncia alguna al cobro de su deuda al Estado miembro emisor cuando el bono llegue a vencimiento* (Sentencia de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, C-62/14, EU:C:2015:400, apartado 118). Por consiguiente, *el SEBC está facultado para determinar, en función de los objetivos y las características de un programa de operaciones de mercado abierto, si debe prever la conservación de los bonos adquiridos en el marco de este programa, sin que la reventa deba considerarse el principio y la conservación la excepción a este principio*. Y, además, *el que no exista obligación de proceder a la reventa de los bonos adquiridos no basta para demostrar la vulneración del artículo 123 TFUE, apartado 1* (párrs. 146-149). Y, en fin, con respecto a la adquisición de bonos soberanos con un rendimiento negativo al vencimiento, entiende el TJ que el art. 18, apartado 1, de los Estatutos del SEBC y el BCE no lo prohíbe y, además, en el contexto económico en que se adopta la Decisión 2015/774, autorizar la adquisición de bonos con un rendimiento negativo al vencimiento *no sólo no facilita que los operadores privados identifiquen los bonos que va a comprar el SEBC, sino que limita la certeza que puedan tener sobre esta cuestión, puesto que amplía el ámbito de los bonos que pueden adquirirse en el marco del PSPP*. Por otro lado, *la flexibilización de los criterios de rendimiento que lleva a cabo la Decisión 2017/100 permite reforzar las garantías adoptadas por el SEBC a este respecto*. Y, en fin, una vez más, *dado que los bonos con rendimiento negativo solo pueden ser emitidos por los Estados miembros cuya situación financiera sea evaluada positivamente por los operadores en los mercados de deuda soberana, no puede considerarse que la adquisición de tales bonos neutralice en los Estados miembros la incitación a aplicar una sana política presupuestaria* (párrs. 156 y 157).

7) Finalmente, el TCF alemán preguntaba al TJ si es compatible con el artículo 4 TUE, apartado 2, y con los artículos 123 y 125 TFUE una decisión del BCE que prevea la distribución, entre los bancos centrales de los Estados miembros, de todas las pérdidas eventualmente sufridas por alguno de esos bancos centrales a raíz del impago de un Estado miembro, en un contexto en el que la importancia de dichas pérdidas requiera la recapitalización del banco

central. El TJ, sin embargo, se negó a contestar a esta cuestión por entender que era hipotética, por carecer de relación alguna con la realidad, con el objeto del litigio principal (Sentencia de 10 de julio de 2018, Jehovan todistajat, C-25/17, EU:C:2018:551, apartado 31) (párrs. 165 y 166).

2. *El BVerfG*

2.1. El principio democrático

El punto de partida del razonamiento del TCF alemán –que, por otra parte, es lo que justifica la admisión de los recursos de los demandantes en el proceso que dio lugar a la cuestión prejudicial planteada por el propio TCF– es el carácter democrático del sistema constitucional alemán y el papel de los ciudadanos –del voto– en el seno de este. En este sentido, entiende el TCF que *El derecho de voto en las elecciones al Bundestag alemán, garantizado como derecho subjetivo en el artículo 38.1 GG, no se limita a la legitimación formal del poder estatal (federal), sino que protege también el contenido democrático básico del derecho de voto*⁵. Ello requiere que cualquier acto de poder público ejercido en Alemania tenga su origen, en última instancia, en sus ciudadanos. Esto, por otra parte, supone que los ciudadanos no puedan estar nunca sometidos a una autoridad política en cuyas decisiones sustantivas no puedan influir libremente y en condiciones de igualdad. Y eso se aplica a la UE y a lo que el TCF denomina «principio de integración europea» (*Integrationsverantwortung*). Así, afirma el TCF, *la legitimación democrática de toda autoridad pública ejercida en Alemania por parte del pueblo, forma parte del contenido esencial del principio de soberanía del pueblo y, por tanto, forma parte de la identidad constitucional de la Ley Fundamental protegida en el artículo 79.3 GG*⁶; *no está sometida al*

⁵ Los textos que se mencionan de la sentencia del TCF son traducción propia, no oficial. Por razones de brevedad, se mantienen las iniciales originales en alemán de la Ley Fundamental: GG (Grundgesetz).

⁶ De acuerdo con los artículos mencionados, se consideran parte de la identidad constitucional del Estado alemán, y, por lo tanto, protegidos por el principio de intangibilidad: la dignidad humana y los derechos fundamentales (art. 1 GG); el principio democrático –el poder emana del pueblo–, el Estado de derecho –el poder legislativo está sometido al orden constitucional, y los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al derecho– y el carácter social

alcance del proceso de integración europea, de acuerdo con el art. 23.1, tercera frase, en relación con el art. 79.3 GG (párrs. 98-101).

De ello se deduce que *la Ley Fundamental no autoriza a los órganos estatales alemanes a transferir poder soberano a la Unión Europea, de tal modo que la Unión sea autorizada, en el ejercicio independiente de su poder, a crear nuevas competencias a su favor. En términos específicos, prohíbe atribuir a la Unión la competencia para decidir sobre sus propias competencias (Kompetenz-Kompetenz). En todo caso, las disposiciones flexibles de los tratados deben estar sujetas a garantías adecuadas que permitan a los órganos constitucionales alemanes ejercer efectivamente su responsabilidad con respecto al principio europeo de integración (Integrationsverantwortung). En definitiva, la manera y el alcance de la transferencia de competencias soberanas deben responder a principios democráticos y, cuando las competencias soberanas se transfieren a la Unión Europea de conformidad con el artículo 23.1 de la GG, es preciso velar por que el Bundestag alemán conserve para sí poderes y funciones de significado político sustantivo (párr. 102). Y, si esto es así en términos generales, lo es muy especialmente en lo que se refiere a sus poderes presupuestarios. Y ello, porque, como sostiene el TCF, corresponde al Bundestag alemán, como órgano directamente responsable ante el pueblo, adoptar todas las decisiones esenciales en materia de ingresos y gastos; esta prerrogativa forma parte del núcleo duro de los párrafos 1 y 2 del art. 20 GG, que no está sometido al procedimiento de enmienda constitucional. Así, sostiene el TCF, una transferencia de poder soberano vulnera el principio democrático, al menos en aquellos casos en los que el tipo y el nivel de gastos públicos son determinados a nivel supranacional, privando al Bundestag de su prerrogativa decisoria (párr. 104).*

La afirmación del principio democrático –así entendido–, como fundamento y límite de la transferencia de poder soberano a la UE, no es nueva y ha sido utilizada por el TCF alemán en todas las sentencias clave en las que el Alto Tribunal ha tenido que manifestarse sobre el proceso europeo de integración; así, la sentencia sobre el Tratado de Maastricht (2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, de 12 de

del Estado (art. 20 GG), y la estructura federal del Estado y la participación de los *länder* en la legislación (art. 79.3 GG).

octubre de 1993) y la sentencia sobre el Tratado de Lisboa (2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, de 30 de junio de 2009), pero también las decisiones sobre la unión monetaria europea (2 BvR 1877/97, 2 BvR 50/98, Orden de 31 de marzo de 1998), el Pacto por el Euro Plus (2 BvE 4/11, de 19 de junio de 2012), o el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (2 BvR 1390/12, de 12 de septiembre de 2012, y de 18 de marzo de 2014).

2.2. El principio de atribución

Con base en el principio democrático, así definido, el TCF desarrolla el contenido del principio de atribución y su salvaguardia. Así, sostiene el TCF que *los artículos 38.1, primera frase⁷, y 20.1, primera frase⁸, de la GG confieren a los electores un derecho frente al Gobierno federal y el Bundestag y, en su caso, el Bundesrat, que obliga a estos órganos constitucionales a controlar que las instituciones, órganos y organismos de la Unión respetan el programa de integración europeo (Integrationsprogramm), y se abstienen de participar en la adopción y aplicación de medidas que excedan los límites de ese programa de integración europeo, y que cuando esas medidas supongan una manifiesta y estructuralmente significativa extralimitación de las competencias de la UE, adopten los pasos necesarios para asegurar la conformidad con el programa de integración europeo (Integrationsprogramm), y el respeto de sus límites* (párr. 105). En este sentido, pues, corresponde al Gobierno federal y al Bundestag el papel de realizar ese control para evitar que el orden de competencias entre el Estado y la UE se vea alterado y, en el caso de que lo sea, corresponde al TCF el papel de realizar el control de *ultra vires*, para asegurar que las normas se cumplan (párr. 109).

En este ámbito, el TCF fija una serie de principios operativos que merecen ser destacados, por cuanto inciden decisivamente en el caso en cuestión. En primer lugar, entiende que un cambio *estructuralmente significativo* en el orden de competencias en detrimento de los

⁷ «Los diputados del Bundestag alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto».

⁸ «La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático...».

Estados miembros se produce cuando el ejercicio de la competencia en cuestión debería requerir una reforma de los tratados, de acuerdo con lo establecido en el art. 48 TUE, o la aplicación de la cláusula de poderes implícitos [art. 352 TFUE] (párr. 110). En segundo lugar, entiende el TCF que, si bien corresponde al TJ, en principio, el poder de interpretar y aplicar los Tratados de la UE, para asegurar la uniformidad y coherencia de la ley de la UE, en aquellos casos en los que la UE adoptara decisiones o interpretaciones legales que fuesen esencialmente equivalentes a una enmienda a los Tratados o a una expansión de las competencias de la UE, correspondería a las instituciones jurisdiccionales de los Estados miembros realizar el correspondiente control de *ultra vires*, y hacerlo, precisamente, porque los Estados miembros siguen siendo los «señores de los Tratados» y la UE no se ha convertido aún en un Estado federal. Y, además, como hemos visto más arriba, porque –desde el punto de vista particular de Alemania–, el principio democrático obliga a defender los derechos de los ciudadanos alemanes y la soberanía de sus instituciones, tal y como ha sido diseñada en la Ley Fundamental, frente a cualquier intento inconstitucional de alterar ese orden constitucional de competencias –la identidad constitucional de Alemania–. Es curioso observar, en este sentido, cómo el TCF formula aquí su tesis con delicadeza, pero de manera intransigente. Así, dice, *en principio, algunas tensiones son, por tanto, inherentes al dibujo o modelo de la Unión Europea y deberán ser resueltas de manera cooperativa, de conformidad con el espíritu de integración europea, y atenuadas por el respeto y la comprensión mutuos*; sin embargo, los Estados no pueden ceder su papel de «señores de los Tratados» y, por lo tanto, renunciar a su poder de control sobre la actuación de la UE. En este sentido, *si bien el Tribunal Constitucional Federal debe revisar las impugnaciones ultra vires sustanciales con respecto a actos de instituciones, órganos, oficinas y agencias de la Unión Europea, [...] la revisión ultra vires debe ejercerse con medida, dando efecto a la apertura de la Constitución a la integración europea* (párrs. 111 y 112).

Y esta afirmación del TCF no deja de ser contradictoria en sus propios términos, dado que, si los Estados son verdaderamente los «señores de los Tratados», ellos fueron los que diseñaron un modelo donde el papel de controlar el respeto de la estructura de la división

de competencias entre la UE y los Estados miembros –en otras palabras, el respeto de los propios Tratados, así creados– se atribuyó en exclusiva, no de manera condicionada, al Tribunal de Justicia de la UE. Él es, por tanto, la autoridad jurisdiccional e interpretadora suprema, incondicionada, del derecho de la UE, y no cabe admitir que su actuación quede sometida a una autoridad jurisdiccional inferior en este orden, que pueda decidir cuándo las decisiones del TJ son válidas –adecuadas a las previsiones de los Tratados– y, por lo tanto, vinculantes e irresistibles, y cuándo esas decisiones no se adecuan a los Tratados, exceden sus previsiones –son *ultra vires*– y, por lo tanto, son inválidas y pueden ser incumplidas. Si tal posibilidad se admitiese, el edificio de la UE se asentaría sobre bases inestables y terminaría derruyéndose. Y, en fin, si tal exceso de competencia se cometiera –y ello no deja de ser una posibilidad inconcebible, de puro laboratorio–, no estaríamos ya en el mundo del derecho, sino en el mundo de la política, y ese tipo de conflicto se resuelve de otra manera y en otros ámbitos.

Con base en este conjunto normativo, pues, entiende el TCF que el Gobierno federal y el Bundestag alemán violaron los derechos de los denunciantes, al no tomar las medidas adecuadas para impugnar la Decisión (UE) 2015/774 del BCE, modificada por las Decisiones (UE) 2015/2101, (UE) 2015/2464, (UE) 2016/702 y (UE) 2017/100, lo que les legitimaba plenamente para presentar los recursos de amparo que dieron lugar al procedimiento en cuestión. Y ello porque, en sus decisiones, el BCE ni evaluó ni justificó que las medidas previstas en estas cumplieran con el principio de proporcionalidad. Como consecuencia de ello, el TCF entiende que las mencionadas decisiones del BCE constituyen un supuesto de *manifiesta y estructuralmente significativa* superación de las competencias asignadas al BCE por el art. 119 y los arts. 127 y siguientes del TFUE, y por los arts. 17 y siguientes del Estatuto del SEBC. En este sentido, el TCF alemán califica la opinión del TJ, expuesta en su Sentencia de 11 de diciembre de 2018, como *incomprensible* y emitida en *ultra vires* (párr. 116). En definitiva, en los propios términos del TCF, *[e]n el ejercicio de su responsabilidad en materia de integración europea (Integrationsverantwortung), el Gobierno Federal y el Bundestag están obligados, en su calidad de órganos constitucionales, a tomar las medidas*

adecuadas para garantizar el respeto del programa de integración europeo (Integrationsprogramm). Lo que equivale al respeto estricto de la distribución de competencias acordada en los Tratados. Y, en este sentido, tenían la obligación de comprobar si la ejecución del PSPP suponía algún riesgo para el respeto de ese programa de integración europeo y de la responsabilidad presupuestaria del Bundestag.

Como conclusión, dice el TCF alemán, *el Bundesbank no puede, en principio, participar en la implementación y ejecución de la Decisión (UE) 2015/774 ni en las Decisiones subsiguientes (UE) 2015/2101, (UE) 2015/2464, (UE) 2016/702 y (UE) 2017/100* (párr. 116).

2.3. El principio de proporcionalidad

De todos los argumentos interpretativos utilizados por el TCF alemán para criticar la sentencia del TJ y afirmar con toda rotundidad sus tesis, el principio de proporcionalidad es, sin duda alguna, el más intensamente utilizado. Es curioso que un principio que, en términos generales, ocupa en el derecho de la UE un lugar casi insignificante, aplastado como está, en el art. 5.4 del TUE y en la práctica cotidiana de la UE, por el principio de subsidiariedad, haya pasado a convertirse en el argumento principal de esta sentencia tan relevante del TCF alemán.

Para el TCF, la violación del principio de proporcionalidad está en la base de las –en su opinión– equivocadas interpretaciones del derecho de la UE adoptadas por el TJ y, sobre todo, en la base de la conducta del BCE y del SEBC sometida a enjuiciamiento. En la visión del TCF, la ignorancia que el TJ hace de los efectos reales que el PSPP tiene en la práctica le impide comprobar si el SEBC y el BCE han respetado los límites de su competencia en materia de política monetaria. Y se lo impide precisamente porque, al ignorar esas consecuencias prácticas, no ha podido aplicar el principio de proporcionalidad previsto en el art. 5.4 TUE y su función correctora o limitadora, a efectos de salvaguardar las competencias de los Estados miembros. *La interpretación realizada por el TJUE –concluye el TCF, con cierta exageración– deja sin sentido el principio de atribución establecido en el art. 5.1, primera frase y en el art. 5.2 TUE* (párr. 123).

2.4. La política monetaria no es la política económica

En esta línea argumental, el TCF entiende que el BCE y el SEBC no han distinguido bien en su actuación lo que es la política monetaria de la UE y lo que es la política económica que, en sustancia, es una política de los Estados miembros (una política que, de acuerdo con el art. 119.1 TFUE, *se basa en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros*). De hecho, acudiendo de nuevo al principio de proporcionalidad, entiende el TCF que *La forma específica en la que el TJUE aplica el principio de proporcionalidad, en el caso que nos ocupa, hace que dicho principio pierda todo su valor a los efectos de distinguir, en relación con el PSPP, entre la competencia exclusiva en política monetaria, conferida a la UE por el art. 3.1.c TFUE, y la atribución limitada a la UE de la competencia para la coordinación general de las políticas económicas, conservando los Estados miembros la competencia sobre la política económica en términos generales (art. 4.1 TUE; art. 5.1 TFUE) (párr. 127)*. Así, dice el TCF, *La total ignorancia de los efectos de política económica del PSPP significa que la determinación de los objetivos del SEBC no es comprensible desde una perspectiva metodológica. Como resultado, la revisión de proporcionalidad carece de sentido, dado que la idoneidad y la necesidad del PSPP no se equilibran en relación con los efectos de política económica –distintos del riesgo de pérdidas– derivados del programa, en detrimento de las competencias de los Estados miembros, y que estos efectos adversos no se comparan con los efectos beneficiosos que el programa pretende lograr (párr. 133)*. Así, añade el TCF, *basándose en el principio de proporcionalidad para distinguir entre política monetaria y política económica (art. 5.1, segunda frase, y art. 5. 4 TEU) se puede concluir que los efectos de un programa pueden resultar desproporcionados. Por tanto, evaluar las consecuencias de dicho programa es un paso necesario en la delimitación de competencias. Sin embargo, el enfoque dado por el TJUE no requiere ponderar la contribución real del PSPP al logro de los objetivos perseguidos (párr. 139)*. Y, así, aplicado de esta manera, *el principio de proporcionalidad ni es un medio adecuado para compensar los límites insuficientes de las competencias del SEBC en términos de sus elementos («amplia discrecionalidad»), ni para sopesar la invasión de las competencias de los Estados miembros*

[...]. Más bien, el enfoque del TJUE implica en última instancia que el BCE es libre de elegir cualquier medio que considere adecuado, incluso si los beneficios son escasos –en comparación con otros medios alternativos posibles–, aunque los daños colaterales sean elevados (párr. 140).

El problema se encuentra, pues, en la estrecha interrelación existente entre la política monetaria y la política económica, y en las consecuencias inmediatas en la política económica que se puedan derivar –y habitualmente se derivan– de la utilización de la política y las medidas monetarias. De hecho, en la interpretación dada por el TJ se afirma que, dadas las previsiones de los artículos 119 y 127 TFUE, los autores de los Tratados no pretendían establecer una separación absoluta entre las políticas económica y monetaria y, más bien al contrario, la segunda debe servir de apoyo para la primera. Como establece textualmente el art. 119.2 TFUE, la política monetaria y de tipos de cambio, sin perjuicio de su objetivo propio, que es mantener la estabilidad de precios, deberá tener también como objetivo *el apoyo a la política económica general de la Unión, de conformidad con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia*. Sin embargo, a pesar de todo ello, el TCF insiste en considerar que el programa PSPP del BCE, en la medida en que, por sus consecuencias evidentes –y, quizá, por el objetivo buscado–, incide de lleno en la política económica de los Estados, excede el ámbito de competencias del BCE, que debe limitarse a la aplicación estricta de la política monetaria: el control de la inflación y el mantenimiento de la estabilidad de precios. Esto debía haber sido apreciado así por el TJ; sin embargo, como critica el TCF, *el TJUE considera irrelevantes los indicios que se oponen a la clasificación del programa como una medida de política monetaria y, de entrada, se abstiene de realizar una comprobación y valoración global con el fin de distinguir entre esas dos áreas políticas [...]; como resultado –dice el TCF–, el TJUE no realiza una revisión efectiva sobre si el BCE excede sus competencias* (párr. 141).

En conclusión, entiende el TCF que *[l]a interpretación del principio de proporcionalidad realizada por el TJUE en su Sentencia de 11 de diciembre de 2018 y la determinación del mandato del SEBC basada en él, exceden manifiestamente el mandato judicial*

conferido al TJUE en el art. 19.1, segunda frase TUE, y resultan en un cambio estructuralmente significativo del orden de competencias en detrimento de los Estados miembros. En este sentido, la referida sentencia constituye así un acto ultra vires que no es vinculante para el Tribunal Constitucional Federal (párr. 154).

2.5. Ausencia de fuerza vinculante de la sentencia del TJ

Como consecuencia de todo lo dicho, en la medida en que, para el TCF alemán, el programa PSPP es un acto *ultra vires*, debido a la –en su opinión– incapacidad manifiesta del BCE de demostrar que el mencionado programa es proporcionado, en los términos previstos por el art. 5.4 TUE, la exigencia de su responsabilidad con respecto a la integración europea (*Integrationsverantwortung*) requiere del Gobierno federal y del Bundestag tomar los pasos conducentes a exigir que el BCE realice la correspondiente evaluación de proporcionalidad del PSPP. Esta obligación, añade el TCF, *no pone en conflicto la independencia atribuida tanto al BCE como al Bundesbank (arts. 130 y 282 TFUE, art. 88.2 GG)*. Por el contrario, *el Gobierno federal y el Bundestag deben comunicar de manera clara su posición legal al BCE, o tomar otras medidas que aseguren que la conformidad con los Tratados sea restaurada (párr. 232)*.

En conclusión, sostiene el TCF que, *En la medida en que el Tribunal Constitucional Federal considere que un acto de las instituciones, órganos, departamentos y agencias de la Unión Europea excede los límites establecidos por el programa europeo de integración (Integrationsprogramm), en conjunción con el art. 23.1, segunda frase⁹, y art. 20.2, primera frase¹⁰, GG, este acto ultra vires no participa de la precedencia de la aplicación del derecho de la UE (Anwendungsvorrang). Como consecuencia, el acto ultra vires no se aplicará en Alemania y no tiene ningún efecto vinculante para los órganos constitucionales, las autoridades administrativas y los tribunales alemanes. Estos órganos, tribunales y autoridades no pueden participar ni en el desarrollo ni en la implementación, ejecu-*

⁹ «... la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat».

¹⁰ «Todo poder del Estado emana del pueblo».

ción u operacionalización de actos ultra vires. Y esto, añade el TCF, también se aplica al Bundesbank, tanto más cuando está llamado a asesorar al Gobierno federal en asuntos de política monetaria de conformidad con el § 13 (1) BBankG (párr. 234). Y cita el Alto Tribunal su abundante jurisprudencia en este sentido (BVerfG 89, 155 <188>; 126, 286 <302 et seq.>; 134, 366 <387 y 387 párr. 30>; 142, 123 <207 párr. 162>).

Así, el TCF da un plazo de no más de tres meses para que *el Consejo de Gobierno del BCE adopte una nueva decisión que demuestre de manera comprensible y fundamentada que los objetivos de política monetaria perseguidos por el BCE no son desproporcionados con respecto a los efectos de política económica y fiscal resultantes del programa. En la misma condición, el Bundesbank debe asegurarse de que los bonos ya comprados bajo el PSPP y mantenidos en su cartera se vendan sobre la base de una estrategia –posiblemente a largo plazo–, coordinada con el SEBC (párr. 235). En ese plazo, sin embargo, el Bundesbank ya no podrá participar en la ejecución y de las decisiones del BCE mencionadas (Decisión (EU) 2015/774, modificada por las Decisiones (EU) 2015/2101, (EU) 2015/2464, (EU) 2016/702 y (EU) 2017/100, y la Decisión de 12 de septiembre de 2019), ni realizar más compras de bonos ni contribuir a otro aumento del volumen de compra mensual, hasta que el Consejo de Gobierno del BCE adopte la mencionada nueva decisión (párr. 235).*

III. CONCLUSIONES

El conflicto jurisdiccional planteado por las decisiones contradictorias del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG, Sala Segunda, 2 BvR 859/15, de 5 de mayo de 2020) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala, C-493/17, *Weiss*, ECLI:EU:C:2018:1000, de 11 de diciembre de 2018), y el tema de fondo que lo provoca, no es algo nuevo. Todo comenzó en el año 2012, cuando el BCE inició el programa de compra de bonos soberanos en los mercados secundarios, mediante una decisión de su Consejo de Gobierno del 6 de septiembre de aquel año. (Entonces el programa fue conocido como Outright Monetary Transactions, OMT). Se trataba de aliviar el peso de la deuda pública de los Estados más afectados

por la crisis financiera, que se había iniciado en los EE. UU. a finales de 2008 y que comenzó a extenderse por Europa a partir de 2009. En el caso de Alemania, esto dio lugar a una serie de recursos de inconstitucionalidad y de procedimientos por conflicto entre órganos constitucionales internos, que llegaron al Tribunal Constitucional Federal. Este, al cuestionarse las competencias del BCE, decidió –por primera vez en su historia– plantear una cuestión prejudicial (Resolución de 14 de enero de 2014) ante el TJ, el cual emitió una amplia y bien fundamentada sentencia –mencionada varias veces en este trabajo– (C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, de 16 de junio de 2015), en la que afirmó la legalidad de la actuación del BCE y, por lo tanto, la validez de sus decisiones. En este caso, el TCF, aunque no de buena gana, aceptó la decisión del TJ (BVerfG, Sala Segunda, 2 BvR 2728/13, BvE 13/13, BvR 2731/13, BvR 2730/13, BvR 2729/13, de 21 de junio de 2016).

Lo que es nuevo ahora es que, ante una situación muy similar, tanto en los procedimientos judiciales seguidos como en la sustancia del asunto sobre el que han recaído las respectivas decisiones judiciales, la respuesta del TCF haya sido tan diferente. Y no es rechazable pensar que fue, quizá, el conocimiento previo de la importante sentencia C-62/14, *Gauweiler*, del TJ, y su detallada argumentación a favor de la competencia del BCE y la legalidad de su programa de compra de bonos lo que permitió al TCF tener su contraargumentación preparada y articular su contestación al TJ. En este caso, pues, la decisión del TCF alemán (2 BvR 859/15) parece querer marcar un terreno de autonomía de decisión propio, poniendo unos límites competenciales y una condicionalidad a la validez de las decisiones del TJ que suponen una grave y flagrante vulneración del orden jurídico de la UE. Esto es así hasta tal punto que, si la validez de las decisiones del TJ estuviese de manera sistemática sometida al control de legalidad de los tribunales nacionales –constitucionales o supremos–, el edificio del ordenamiento jurídico-político de la UE terminaría hundiéndose, al basarse sobre tan frágil, diverso e imprevisible fundamento.

Por lo demás, el TCF se ha metido él mismo en un terreno pantanoso, como es el de la política económica, para manejarse en el cual carece de instrumentos. Pues no es competencia propia de un tribunal de

justicia pronunciarse sobre cuestiones de oportunidad o de eficacia para evaluar la legalidad de determinadas decisiones, y distinguir –como en este caso–, sobre la base de un principio jurídicamente indeterminado, como lo es, en sustancia, el principio de proporcionalidad, entre lo que es política monetaria y lo que es política económica, a efectos de determinar la validez de unas decisiones que solo deben ser evaluadas desde el punto de vista del principio de legalidad.

Por lo demás, si el BCE y el SEBC debían actuar dentro del marco de sus competencias, tal y como son establecidas por los Tratados y por sus Estatutos –lo cual parece que es así y, desde el punto de vista legal, también lo reconoce el TCF–, y si el problema se encuentra, en opinión del TCF, en que no han justificado suficientemente sus decisiones, no hay más que realizar una somera lectura de los detallados preámbulos de las decisiones cuestionadas del BCE para darse cuenta de que no es así y de que esa justificación se ha realizado de manera exhaustiva, al menos en el marco de lo legalmente exigible. Pero, a mayor abundamiento, el BCE publica habitualmente unas detalladas daciones de cuentas en las que justifica con extraordinaria precisión todas sus decisiones, y esto ha ocurrido también en el caso de las decisiones cuestionadas (*i. e.*, *Account of the monetary policy meeting of the Governing Council of the European Central Bank held in Frankfurt am Main on Wednesday and Thursday, 3-4 June 2020*, de 16 páginas; donde, por cierto, no se hace una sola mención a la entonces reciente sentencia del TCF alemán).

Y, dados los términos conminatorios en los que el TCF alemán planteó la solución del problema, ¿cuál es –o ha sido ya– la salida? Si nos fijamos solo en los tres principales protagonistas de esta historia, en primer lugar, en lo que se refiere al propio Bundesbank, su presidente, Jens Weidmann, hizo público un brevísimo comunicado en el que, con respecto a la obligación impuesta por el TCF de justificar en el plazo de tres meses la proporcionalidad del programa PSPP, dijo que, *al mismo tiempo que respeto la independencia del Consejo de Gobierno del BCE, apoyaré los esfuerzos que se hagan para cumplir con ese requerimiento*¹¹. Y, en este sentido, se dirigió a la dirección

¹¹ Deutsche Bundesbank (5 mayo, 2020). *Statement by Bundesbank President Jens Weidmann on the judgement of the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht)*. Recuperado de <https://www.bundesbank.de/en/press/press-releases/statement-by-bundes->

del BCE solicitando su autorización para hacer públicos documentos internos del Bundesbank que abundasen en la justificación de su actuación; autorización que el BCE le concedió de manera inmediata, con la condición de que los aspectos no públicos de esos documentos fueran tratados en términos confidenciales¹².

En segundo lugar, el Consejo de Gobierno del BCE emitió también un comunicado en el que, ignorando el requerimiento del TCF, se limitaba a reafirmar su función y la legalidad de su actuación: *El Consejo de Gobierno sigue plenamente comprometido a hacer todo lo necesario dentro de su mandato para asegurar que la inflación se eleve a niveles consistentes con su objetivo a medio plazo y que las medidas de política monetaria tomadas en pos del objetivo de mantener la estabilidad de precios se transmitan a todas las partes de la economía y a todos los ámbitos de la zona del euro. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció en diciembre de 2018 que el BCE está actuando dentro de su mandato con respecto a la estabilidad de precios*¹³. Y, extendiéndose en sus explicaciones, la presidenta del BCE, Christine Lagarde, afirmó en una rueda de prensa, poco después, que *[e]l BCE está sujeto a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El PSPP ha sido juzgado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de acuerdo con nuestro mandato. Hemos tomado buena nota de la sentencia, que está dirigida al Gobierno alemán y al Parlamento alemán, y estamos seguros de que se encontrará una buena solución. Una buena solución que no comprometerá la independencia del BCE, no comprometerá la primacía del derecho de la Unión Europea o la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*¹⁴. Y es de reseñar que

[bank-president-jens-weidmann-on-the-judgement-of-the-federal-constitutional-court-bundesverfassungsgericht--832414](https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.pr200505~00a09107a9.en.html). (Traducción propia, no oficial).

¹² Yves Mersch (miembro del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo y vicepresidente del Consejo de Supervisión del Banco Central Europeo) (julio, 2020). *In the spirit of European cooperation*. Comunicación presentada en Salzburg Global webinar. Recuperado de <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2020/html/ecb.sp200702~87ce377373.en.html>

¹³ Banco Central Europeo (5 mayo, 2020). *ECB takes note of German Federal Constitutional Court ruling and remains fully committed to its mandate*. Recuperado de <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.pr200505~00a09107a9.en.html>. (Traducción propia, no oficial)

¹⁴ Christine Lagarde (presidenta del Banco Central Europeo) y Luis de Guindos (vicepresidente del Banco Central Europeo) (4 junio, 2020). *Introductory Statement*. Confe-

esto lo hacía la presidenta del BCE al mismo tiempo que –en vez de retraerse ante el tono conminatorio de la sentencia del TCF alemán– anunciaba una notable expansión del programa del BCE de compras de emergencia para la pandemia (Pandemic Emergency Purchase Programme, PEPP), casi duplicando la cifra inicialmente prevista de 750 000 millones de euros, con 600 000 millones más, para pasar a un total de 1 350 billones de euros.

Y, en fin, en tercer lugar, el propio TJ emitió un comunicado de prensa, tres días después de la publicación de la sentencia del TCF alemán, el 8 de mayo de 2020, en el que afirmó lo siguiente:

En general, se recuerda 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. Con el fin de garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia, creado a tal fin por los Estados miembros, es el único competente para declarar que un acto de una institución de la Unión es contrario al Derecho de la Unión. Las divergencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de dichos actos pueden llegar a comprometer la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión y perjudicar la seguridad jurídica. Al igual que otras autoridades de los Estados miembros, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a garantizar el pleno efecto del Derecho de la Unión. Solo así puede garantizarse la igualdad de los Estados miembros en la Unión creada por ellos¹⁵.

A mayor abundamiento, la presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, emitió también su propio comunicado, en el que no solo reafirma los tres principios básicos de la UE puestos en cuestión (*la unión monetaria es una competencia exclusiva de la Unión; el Derecho de la UE tiene primacía sobre el Derecho nacional; y las decisiones del Tribunal de Justicia son vinculantes para*

rencia de prensa, Banco Central Europeo, Frankfurt am Main. Recuperado de <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2020/html/ecb.is200604~b479b8cfff.en.html>. (Traducción propia, no oficial)

¹⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (8 mayo, 2020). *Comunicado de prensa a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020* (Comunicado de prensa n.º 58/20). Recuperado de <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058es.pdf>

todos los tribunales nacionales), sino que anunció que la Comisión estaba estudiando con detalle la sentencia del TCF y que analizaba los pasos que había que seguir, entre los cuales incluía la apertura de un procedimiento sancionador contra Alemania¹⁶.

En definitiva, pues, a pesar de la gravedad del problema planteado, las instituciones europeas, por un lado, menospreciaron la decisión del TCF alemán y tendieron a considerar el problema como una cuestión de índole interna de Alemania. Sin embargo, intentando favorecer la posición interna del Bundesbank, trataron también de proveerle de toda la información complementaria sobre el PSPP que fuera necesaria, en la idea de que, después de todo, esa información era ya bien conocida por el TCF, desde el mismo inicio de la cuestión. Y, por otro lado –como no podía ser de otra manera–, reafirmaron el carácter vinculante de la decisión del TJ.

En conclusión, se puede decir que el golpe de la sentencia del TCF alemán al proceso de integración de la UE ha sido duro, pero también carente de todo fundamento y eficacia. En realidad, lo exagerado de su actuación es solo parangonable con la endeblez de su alambicada y reiterativa argumentación jurídica. Se trata, pues, de un conflicto que, si bien tiene una corta trayectoria jurídica, sí podría tener graves consecuencias políticas, dado que nos encontramos en un momento muy duro para la economía y las finanzas de la UE y de sus Estados miembros. Es un momento en el que se ha hecho –se está haciendo– un esfuerzo enorme de solidaridad entre los Estados y de flexibilización de la normativa que rige el mercado interior y las políticas económica y monetaria de la UE. Y esto puede dar lugar a conflictos entre Estados o en la aplicación del derecho de la UE. No es la hora, pues, de pronunciamientos estridentes de corte nacionalista, sino más bien la hora de la cooperación y del diálogo institucional, y también del diálogo entre tribunales.

Como concluía el mencionado comunicado de la Comisión, *la Unión Europea es una comunidad de valores y de Derecho, que deben ser mantenidos y defendidos en todo momento. Eso es lo que nos mantiene unidos.*

¹⁶ Comisión Europea (10 mayo, 2020). *Statement by President von der Leyen* (Statement/20/846). Recuperado de https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_20_846