

Normalidad y excepción en el Derecho de la Unión Europea: la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2015.

Pablo RIQUELME VÁZQUEZ

Becario de investigación (predoctoral), *Universidad de Vigo*
Master en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Sumario: 1. «OUTRIGHT MONETARY TRANSACTIONS». a) Las decisiones del BCE. b) La «no convencionalidad» del programa OMT. 2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 16 DE JUNIO DE 2015. a) La política económica de la Unión y de los Estados miembros como límite competencial del BCE. b) El control de proporcionalidad del programa OMT. 3. COROLARIO: NORMALIDAD Y EXCEPCIÓN. a) El problema de la excepción en el Derecho Público de la Unión Europea. b) Controles y garantías.

El pasado 16 de junio, el Tribunal de Justicia (en lo que sigue, TJ) dictaba finalmente sentencia en el asunto C-62/14 (*Gauweiler* y otros), cuyo objeto no era sino la primera petición de decisión prejudicial planteada -con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo que sigue, TFUE)- por el *Bundesverfassungsgericht* (a saber, el Tribunal Constitucional Federal alemán: en lo sucesivo, BVerfG). Se sumaba así el Alto Tribunal teutón a un «diálogo» con el supremo intérprete del derecho de la Unión Europea que ya había sido previamente entablado, entre otras cortes constitucionales, por el Tribunal Constitucional español¹ y que, al igual que en el caso patrio², ha dado pie a una resolución que representa un verdadero jalón en la historia de la integración europea. No obstante, los eventuales atisbos de alborozo se han visto ensombrecido por la expectación con que se aguarda la sentencia resolutoria del BVerfG, particularmente a la vista de un auto de remisión³ que

¹ Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio de 2011; Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11 (Melloni); Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 26/2014, de 13 de febrero.

² Vid. ALONSO GARCÍA, Ricardo, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2014; MUIR, Elise, «The fundamental rights implications of EU legislation: some constitutional challenges», en *Common Market Law Review*, 51, 2014, pp. 219-246; SARMIENTO, Daniel, «Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe», en *Common Market Law Review*, 50, 2013, pp. 1.267-1.304.

³ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2014 -2 BvE 13/13- Rn. (1-24), http://www.bverfg.de/e/rs20140114_2bvr272813.html. No obstante, la resolución no se hizo pública hasta el día 7 de febrero dicho año (Vid. Pressemitteilung Nr. 9/2014 vom 7. Februar 2014).

fue mucho más allá de la mera suspensión del procedimiento, entrando a conocer directamente el fondo del asunto y reservándose, en la línea de importantes pronunciamientos precedentes⁴, la facultad de control subsidiario sobre la *aplicabilidad* de la decisión del Banco Central Europeo (en lo que sigue, BCE) en el supuesto de que el pronunciamiento del TJ, bien no la invalidase, bien no recondujese interpretativamente su contenido a las competencias del BCE previstas en los tratados constitutivos⁵.

Como quiera que sea, el objetivo de estas páginas no es el de especular con el posible sentido del futuro fallo del supremo intérprete de la *Grundgesetz* alemana, sino el de analizar y llamar la atención sobre una sentencia, la de 16 de junio de 2015, con la que el TJ vendría a santificar la independencia⁶ y discrecionalidad de la institución encargada de dirigir la política monetaria de la Unión, provocando así que su voluntad se vuelva a imponer con la resolución del que no se deja domeñar por nada ni por nadie. Con o sin conciencia de ello, parece que, con su resolución, el tribunal de Luxemburgo habría contribuido, por una parte, a difuminar (todavía más, si cabe) la ya de por sí problemática distinción entre política monetaria y política económica (con las consecuencias que ello entraña para la delimitación de las competencias de la Unión a que se alude en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea –en lo sucesivo, TUE–), y, por otra parte, a relativizar una de las normas fundamentales para el mantenimiento de la estabilidad de la unión monetaria: la prohibición de asistencia financiera del BCE a los Estados miembros contenida en el art. 123 TFUE. Todo esto se habría producido con la exclusiva finalidad de asegurar la efectividad del mandato (*i. e.*, el mantenimiento de la estabilidad de

⁴ *Vid.*, entre otras, la BVerfGE 75, 223 (par. 235 y ss.); BVerfGE 89, 155 (par. 188) –*Maastricht*–; BVerfGE 123, 267 (par. 353 y 354) –*Lissabon*–; BVerfGE 126, 286 –*Mangoldt*– (par. 302).

⁵ Un análisis detallado de este auto puede encontrarse en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo, «Actos *ultra vires* de la Unión Europea y derecho a la participación política: la decisión del Tribunal Constitucional Alemán sobre el programa de adquisición de deuda pública del Banco Central Europeo», en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 34, 2014, pp. 433-446.

⁶ «Por otro lado, según resulta del propio tenor literal del artículo 108 CE, la finalidad de dicha disposición es proteger al BCE y a sus órganos rectores de aquellas influencias externas que puedan interferir en el desempeño de las «funciones» que el Tratado CE y los Estatutos del SEBC asignan al BCE. Tal como ha señalado el Abogado General en los puntos 150 y 155 de sus conclusiones, la finalidad esencial del artículo 108 CE es mantener al BCE al margen de cualesquiera presiones políticas, a fin de permitirle perseguir eficazmente los objetivos que se asignan a sus funciones, a través del ejercicio independiente de las facultades específicas de que dispone a tal efecto en virtud del Tratado CE y de los Estatutos del SEBC» [Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2003, asunto C-11/00 (Comisión/BCE), par. 134]. El artículo 108 CE se corresponde con el actual artículo 130 TFUE.

precios –art. 127 TFUE-) encomendado a una institución de cuya «tecnicidad» absoluta se derivarían tanto la autonomía como la indiferencia frente a ulteriores fines políticos. Un acontecimiento inquietante, sin duda, por cuanto a estas alturas de la historia ya nadie ignora que un «dominio sobre seres humanos que reposa sobre un fundamento económico, si se mantiene apolítico en el sentido de sustraerse a toda *responsabilidad y supervisión políticas*, tiene que aparecer justamente como un terrible engaño»⁷.

Con las páginas que siguen, me propongo suscitar el debate a propósito del problema de la excepción para el Derecho Público de la Unión Europea. A tal fin, este trabajo se divide en tres partes íntimamente vinculadas entre sí. En la primera de ellas se examina sucintamente la tan espectacular como poco novedosa «medida no convencional de política monetaria» adoptada por el Consejo de Gobierno del BCE el día 6 de septiembre del año 2012. A continuación, la segunda parte de este estudio analiza el que a mi juicio simboliza el aspecto de mayor repercusión (desde el punto de vista del tratamiento de las situaciones de excepción por parte de la Unión Europea –en lo que sigue, UE-) de la sentencia que titula estas líneas. Finalmente, en el tercer y último bloque de cuestiones se extraen algunas de las principales consecuencias de todo este escenario.

1. «OUTRIGHT MONETARY TRANSACTIONS».

a) La decisión del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo de 6 de septiembre de 2012.

La cuestión prejudicial planteada por el BVerfG se refería, por una parte, a la validez de diversas decisiones adoptadas por el BCE el 6 de septiembre del año 2012 en relación con ciertas características técnicas de las «*Outright Monetary Transactions*» (traducidas al castellano como operaciones monetarias de compraventa de títulos; en lo sucesivo, «OMT») y, por otra parte, a la interpretación de los artículos 119, 123 y 127 TFUE y de los artículos 17 a 24 del Protocolo sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (en lo sucesivo, Estatutos). Las

⁷ SCHMITT, Carl, *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker&Humblot, 1932 [trad. esp.: AGAPITO, R., *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 1991 (5ª reimpr., 2009), pág. 105]. Las palabras señaladas en letra *bastardilla* no lo están en el original.

decisiones en cuestión habían sido difundidas mediante un comunicado de prensa⁸ inmediatamente posterior a una reunión del Consejo de Gobierno del BCE y preveían, de un modo algo impreciso, la intervención del Eurosistema en los mercados secundarios de deuda soberana. Con todo, el aspecto fundamental del programa OMT residía en la circunstancia de hallar su justificación en una anómala alteración de los canales de transmisión de la política monetaria ocasionada por la irrupción de *factores exógenos*:

«134. Como ha expuesto detalladamente el BCE en sus observaciones escritas, durante los meses de verano del año 2012 confluyeron una serie de circunstancias excepcionales en la economía de la zona euro: unas primas de riesgo excesivas aplicadas a varios Estados miembros, una fuerte volatilidad en los mercados de deuda pública, una fragmentación del crédito en el mercado interbancario y un aumento de los costes de financiación de las empresas como consecuencia de todo lo anterior. Estos acontecimientos se encontraban también fuertemente influidos por un creciente temor de los mercados ante una hipotética desintegración de la moneda única, ya fuera por la salida selectiva de alguno o algunos de sus integrantes, o por su directa desaparición y retorno a las monedas nacionales. Estos hechos no han sido sustancialmente negados por ninguna de las partes en el presente procedimiento prejudicial.

135. Según el BCE, las circunstancias antes descritas interfirieron en los instrumentos convencionales de política monetaria. Los tipos de interés de la deuda pública se fijaban no en atención a la calidad del crédito emitido, sino al lugar en el que se ubicaba el deudor. Una fragmentación territorial de los tipos de interés aplicados a los títulos de deuda emitidos por los Estados de la zona euro, en algunos casos en términos que no se correspondían con los fundamentos macroeconómicos de los Estados afectados, suponía, siempre según el BCE, un serio obstáculo para la política monetaria de dicha Institución, basada en el empleo de diversos medios o canales de transmisión. En el momento en que el mercado de deuda pública, uno de los canales centrales de transmisión de la política monetaria, sufrió una alteración de la gravedad reseñada, el BCE habría perdido gran parte del margen de que dispone para dar cumplimiento a la misión que le atribuyen los Tratados»⁹.

Esta fue la coyuntura, reproducida aquí en el vívido decir del Abogado General del caso, a que se acogió el BCE con la finalidad de cohonestar otra medida que se inscribía en la línea de progresiva radicalización del carácter «heterodoxo» de su política monetaria, línea que, como mínimo, había comenzado en el año 2008 con el reemplazo por parte de la mentada institución del mercado interbancario -convirtiéndose

⁸ El comunicado de prensa puede ser consultado a través del siguiente enlace: http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/ComunicadosBCE/NotasInformativasBCE/12/Arc/Fic/presbce2012_99.pdf. Por su parte, la conferencia de prensa ofrecida por los Sres. Draghi y Constâncio el 6 de Septiembre de 2012 puede leerse en: <http://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2012/html/is120906.en.html>.

⁹ Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 14 de enero de 2015, par. 134 y 135.

así en un «*market-maker*»¹⁰ orientado a evitar la quiebra del Eurosistema- y prosiguió con los anuncios de compra y/o compras de deuda pública de mayo de 2010¹¹ y, finalmente, septiembre de 2012. El programa OMT preveía, por decirlo sintéticamente, la posibilidad de adoptar medidas de carácter *selectivo* consistentes en comprar *sin limitación cuantitativa previa* títulos de deuda de uno o varios Estados de la Eurozona en la confianza de ello sirviese para mejorar sus condiciones de financiación en los mercados. La intervención del BCE tendría lugar en el *mercado secundario* de deuda pública, «*permitiéndole adquirir títulos de deuda de Estados de la zona euro sometidos a un programa de asistencia financiera y, presumiblemente, con dificultades para colocar deuda*»¹².

b) El carácter «no convencional» del programa OMT.

En tiempos normales, la política monetaria del BCE se había implementado principalmente a través de préstamos (con garantía colateral) a un amplio número de bancos, representando un rol relativamente limitado en aquella la compra de activos (en contraste, por ejemplo, con el caso de otros grandes bancos centrales como la Reserva Federal de los Estados Unidos de América o el Banco de Inglaterra)¹³. Además, dado que la zona euro no está basada en una unión federal, el TFUE incluye una serie de

¹⁰ «La mutación constitucional de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 96, septiembre-diciembre (2012), pp. 41-98, pp. 48 y ss.

¹¹ En relación con lo acaecido en el año 2010, merece ser destacada la vívida descripción ofrecida por Agustín José MENÉNDEZ: «Esta concentración de deuda pública nacional en el sistema financiero de cada Estado miembro condujo a que los Estados sumidos en crisis financieras acabaran arrastrando a las entidades financieras nacionales, y de este modo, los tipos de interés que habían de afrontar los países, las empresas y los particulares periféricos fueran crecientemente superiores a los prevalentes en los países «centrales». Ello volvía a poner en peligro la efectividad de la política monetaria, dado que de este modo también se cegaban los canales de transmisión de la política monetaria del BCE. Este estado de cosas fue invocado por el BCE como fundamento de una nueva medida heterodoxa, un programa de compra de activos financieros (*securities markets programme*) para adquirir deuda pública en los mercados secundarios, anunciado e inaugurado de forma inmediatamente posterior al ECOFIN y Consejo Europeo en los que se decidió crear Fondo y Facilidad de Estabilidad Financiera. Aunque inicialmente las compras se limitaron al Estado griego, el BCE pronto amplió el programa a otros estados en dificultades fiscales, en los términos que detallo en la sección siguiente» («La mutación constitucional de la Unión Europea», *ob. cit.*, pp. 58 y ss.).

¹² Conclusiones del Abogado General, par. 120 y 121. Las palabras señaladas en letra *bastardilla* hacen referencia a lo que se denominó «condicionalidad» del programa.

¹³ COUR-THIMANN, Philippine y WINKLER, Bernhard, *The ECB's Non-Standard Monetary Policy Measures. The Role of Institutional Factors and Financial Structure*, Frankfurt am Main, European Central Bank, Working Paper Series, nº 1.528, April 2013, pp. 2-5.

provisiones para corregir los desincentivos a la disciplina fiscal: en particular y a los efectos que aquí interesan, la prohibición de financiación monetaria de los Estados miembros por parte del BCE (art. 123 TFUE). Un programa como OMT no se «incardinaría» en los instrumentos *ordinarios* de política monetaria del BCE porque, si bien es cierto que dicha institución estaría formalmente recurriendo a alguna de las operaciones monetarias enumeradas en el artículo 18, apartado 1, de los Estatutos -los cuales permiten al BCE «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 monedas comunitarias o en divisas extracomunitarias, así como en metales preciosos»-, lo haría en unos *términos* lo suficientemente *inusuales* (cuando no contrarios al marco institucional que regula su actuación) como para justificar la calificación de «medida no convencional de política monetaria»¹⁴.

A falta de mejor asidero jurídico, el BCE fundamentó los inusuales términos a que el Sr. Cruz Villalón se refiere sobre la base de las concretas circunstancias acaecidas durante el verano del año 2012, es decir, el acusado aumento (provocado por el temor a la reversibilidad del euro) de los tipos de interés que se pagaban por los títulos de deuda pública de varios Estados miembros -incremento en principio incoherente con la realidad macroeconómica de dichos Estados-, la pérdida de la capacidad de ejecutar la política monetaria a través de los usuales canales de transmisión de la misma -y la consiguiente fragmentación de los mercados de deuda soberana-, etc. Dado que la política monetaria se estaba viendo gravemente afectada por una situación excepcional susceptible de alterar el buen funcionamiento de los «impulsos» lanzados por el BCE, éste se consideró facultado para intervenir con una maniobra que -de llegar a materializarse- no conllevaría tanto una operación «ordinaria» como una de desbloqueo y posterior recuperación de los instrumentos de política monetaria propiamente dichos¹⁵.

Llegados a este punto, el problema de la gestión de la crisis económico-financiera que asola Europa desde el año 2007 (o, por decirlo de otro modo, el problema

¹⁴ Conclusiones del Abogado General, par. 114.

¹⁵ Conclusiones del Abogado General, par. 115 y ss.

de la excepción económico-financiera en el Derecho Público de la Unión Europea) descuella tan nítidamente en el horizonte que significaría una irresponsabilidad no afrontar las cuestiones que arroja: ¿permiten los Tratados que el BCE disponga de poderes excepcionales¹⁶ para recuperar sus instrumentos de política monetaria cuando se produzcan circunstancias que alteren significativamente el normal funcionamiento de los canales de transmisión? En caso afirmativo, ¿hasta dónde llegarían esos poderes? Y, finalmente, ¿a qué controles y salvaguardas (si a alguno) estaría sometida la actuación del BCE? Esta es, en mi opinión, la dificultad jurídica que permea el íntegro análisis efectuado por el Abogado General; una dificultad que, curiosamente, parece ser *parcialmente* ignorada en la sentencia del caso: ignorada, porque en la resolución en cuestión no se hace referencia ni una sola vez a la «no convencionalidad» del programa OMT y se omite cuidadosamente el empleo de la palabra «excepcional» para referirse a las condiciones económicas que se observaban en la fecha del comunicado de prensa¹⁷; pero sólo *parcialmente* ignorado, porque (y lo que sigue vuelve a ser una cuestión sujeta a interpretación) el *iter* argumentativo del tribunal no se sustenta¹⁸ si no es sobre el trasfondo de la lógica insobornable que subyace a la actuación del BCE¹⁹. Incluso me atrevería a decir que el *fondo* de la cuestión examinado en la sentencia a partir del párrafo 32, en su calidad de «consecuencias que *ello* entrañará desde la perspectiva de su control»²⁰, no es más que un problema, si no secundario, indudablemente subalterno

¹⁶ «Conviene, sin embargo, inmediatamente añadir que el programa OMT emplea los *poderes* del artículo 18, apartado 1, del Estatuto en unos términos *ajenos a la práctica normal* de las operaciones del BCE. Es claro que una medida selectiva, dirigida a uno o varios Estados de la zona euro, consistente en adquirir sin limitación cuantitativa previa sus títulos de deuda en la confianza de que mejoren sus condiciones de financiación en los mercados, es algo *ajeno a la práctica ordinaria* del BCE» [Conclusiones del Abogado General, par. 120 (las palabras señaladas en letra bastardilla no lo están en el original)].

¹⁷ Lo cual, interpretado a la luz de los argumentos que a continuación se expondrán, podría generar la impresión de la Unión Europea habría normalizado una situación de crisis económico-financiera (y, por ende, de suyo *excepcional*) que ya se dilata más de un lustro.

¹⁸ Como demuestran los párrafos 47, 55, 62 y 72-92 de la sentencia, en los que más o menos difuminadamente se apela a la excepcionalidad por medio de términos como «salvaguardar», «perturbaciones», etc.

¹⁹ De hecho, cabría preguntarse si el cariz críptico e inconexo de algunos de los párrafos de la resolución del TJ no se debe precisamente a la circunstancia de prescindir de las «Observaciones preliminares» [a)] del «Análisis» [2] efectuado por el Sr. Cruz Villalón en sus Conclusiones.

²⁰ Conclusiones del Abogado General, par. 122 (las palabras señaladas en letra bastardilla no lo están en el original).

respecto del principal: el «ello», en definitiva, el carácter no convencional, *excepcional* tanto de los acontecimientos como de la reacción del BCE.

Supuesto lo anterior, el control –consistente en (a) servirse de la política económica de la Unión y de los Estados miembros como límite competencial del BCE, y en (b) efectuar un control de proporcionalidad del programa OMT- a efectuar sobre las operaciones anunciadas por el Consejo de Gobierno del BCE presentará un diferente cariz en función de la premisa de la que se parta. Veamos en qué consiste tal divergencia.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 16 DE JUNIO DE 2015.

El comunicado de prensa aludido en modo alguno significaba *per se* la aplicación del programa OMT, ya que tal cosa solamente habría podido producirse tras la adopción de nuevos actos jurídicos. Por este motivo, a saber, debido a la falta de formalización jurídica y consiguiente aplicación concreta del programa OMT, el tribunal luxemburgués hubo de pronunciarse en primer lugar sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas por el BVerfG, lo que solventó aduciendo el sencillo argumento de que la interpretación del Derecho nacional corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente y, por ende, la apreciación relativa a la necesidad objetiva de la petición de cuestión prejudicial para la solución del litigio nacional -incluso aunque ello supusiese pronunciarse sobre las palabras dichas en una rueda de prensa y en un comunicado de prensa sobre las características técnicas de las operaciones monetarias de compraventa²¹- no le correspondía a él. El TJ, por consiguiente, estaría obligado a efectuar el control del programa OMT en tanto que medida «*inacabada*» cuya ejecución concreta en cada caso aún no habría tenido lugar, con lo que no habría que descartar un nuevo pronunciamiento por su parte tan pronto como se lleve a cabo su regulación y aplicación jurídicas particularizadas.

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de junio de 2015, asunto C-62/14 (Gauweiler y otros), par. 28 y ss.

a) La política económica de la Unión y de los Estados miembros como límite competencial del BCE.

Una vez resuelto este trámite, el supremo intérprete del Derecho de la Unión Europea procedió a examinar el fondo de la cuestión. Con el fin de responder a la primera de las preguntas planteadas por el Alto Tribunal alemán, el TJ comenzó tratando de delimitar el ámbito de la política monetaria de la UE (o, lo que es uno con lo anterior, las atribuciones competenciales del BCE). Una labor indudablemente ardua, toda vez que, desde un punto de vista económico, no es posible distinguir netamente entre política monetaria y política económica general, sino que, en definitiva, toda medida de política monetaria se engloba bajo la categoría más amplia de la política económica general: «La división entre ambas políticas en el Derecho de la Unión es una exigencia impuesta por la estructura de los Tratados y la distribución horizontal y vertical de poderes en la Unión»²². Dado que las normas de Derecho primario no se pronuncian al respecto, el Tribunal de Justicia se vio obligado a recurrir al (único) parámetro de control que se dependía de su jurisprudencia²³: el de la coincidencia de los *objetivos* de la medida impugnada con los objetivos de la política monetaria, a saber, el mantenimiento de la estabilidad de precios y el apoyo a las políticas económicas generales de la Unión (127 TFUE, apartado 1, y 282 TFUE, apartado 2).

De este criterio identificativo se deriva, en primer lugar, que la institución directora de la política monetaria tiene un objetivo concreto del cual le está vedado apartarse y, en segundo lugar, que (para alcanzar dicho objetivo) ha de intervenir directamente con medios concretos en el transcurso causal del acontecer. Según el comunicado de prensa, el programa OMT pretendería «salvaguardar tanto la adecuada transmisión de la política monetaria como la unicidad de dicha política», coadyuvando así al objetivo principal de ésta: el mantenimiento de la estabilidad de los precios; consecuentemente, el hecho de que con esta intervención -sometida incondicionalmente al interés del funcionamiento técnico sin fricción- se pudiese contribuir *indirectamente* también a la consecución de objetivos de política económica no lo convertiría en una de

²² Conclusiones del Abogado General, par. 129 y ss.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 27 de noviembre de 2012, asunto C-370/12 (*Pringle*), pár. 53-55.

estas políticas. La finalidad del programa no sería la de suministrar financiación a determinados Estados miembros, o la de condicionar sus políticas económicas, sino únicamente la de desbloquear los antedichos «canales de transmisión de la política monetaria del BCE», con lo cual nos encontraríamos ante una medida perfectamente comprendida dentro del ámbito de la política monetaria.

Adicionalmente a este control de los objetivos del programa OMT, el TJ también consideró pertinente examinar si los *medios* previstos para alcanzar dichos objetivos se encontraban entre los instrumentos de política monetaria previstos en el Derecho primario. La renuncia a definirla con precisión sería «coherente con una concepción funcional del papel de la política monetaria, según la cual es política monetaria toda aquella medida articulada a través de los instrumentos propios de la política monetaria»²⁴. Por este motivo, cuando una medida se incardina entre los instrumentos que el Derecho prevé para el ejercicio de la política monetaria, existiría la inicial «presunción» de que tal medida resulte del ejercicio de la política monetaria de la Unión. La aparente discrepancia (a propósito de dicha «incardinación») que media entre las Conclusiones del Abogado General y la sentencia del tribunal de Luxemburgo representa, a mi entender, un excelente ejemplo del cariz que la premisa subyacente al control a efectuar sobre las decisiones del BCE imprime sobre el mismo. Así, mientras que el Sr. Cruz Villalón consideró que el programa OMT emplearía los poderes del artículo 18, apartado 1, de los Estatutos en unos términos ajenos a la práctica normal de las operaciones del BCE (de ahí el calificativo de «medida no convencional de política monetaria»), para el TJ cabría deducir (sin más) que «las operaciones anunciadas por el Consejo de Gobierno en el comunicado de prensa utilizan uno de los instrumentos de política monetaria previstos en el Derecho primario»²⁵; una aseveración, ésta última, que contrasta con el hecho de que en los párrafos subsiguientes (55-65) el supremo intérprete del Derecho Europeo se viese en la necesidad de invocar el objetivo de las medidas y su estricta subordinación a la corrección de las «perturbaciones del mecanismo de transmisión de la política monetaria generadas por la situación específica de los bonos soberanos emitidos por ciertos Estados miembros» para que la

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Gauweiler y otros, par. 54.

«selectividad» y la «condicionalidad»²⁶ del programa OMT no suscitasen la impresión de que el BCE se había extralimitado en la utilización de los poderes que los Tratados le atribuyen²⁷.

De una manera mucho más diáfana e intuitiva razonó el Abogado General al afirmar que las medidas selectivas dirigidas a uno o varios Estados de la zona euro consistentes en adquirir sin limitación cuantitativa previa sus títulos de deuda en la confianza de que mejoren sus condiciones de financiación en los mercados, son algo ajeno a la práctica ordinaria del BCE y que, por consiguiente (y en esto se muestra totalmente de acuerdo con la institución europea) el programa OMT es un instrumento adecuado para afrontar *situaciones excepcionales*, pues, a pesar de su *carácter «no convencional»* y de los *riesgos* que entraña, su objetivo no sería otro que el imprescindible en orden a recuperar la capacidad del BCE para hacer un uso eficaz de sus instrumentos de política monetaria²⁸. Adoptar esta última perspectiva relativamente a la situación aducida por el BCE permitiría afrontar las dificultades que tradicionalmente han presentado para el Derecho público las situaciones de emergencia sin abandonar el marco institucional-financiero de la UE; soslayarla, por el contrario, significaría bendecir «una convención constitucional que apodera al Banco Central Europeo para hacer un uso prácticamente ilimitado de la política monetaria, incluso cuando esta utilización implique dejar de lado principios básicos que de acuerdo con los Tratados enmarcan su ejecución»²⁹.

²⁶ El BCE negó que los caracteres técnicos del programa OMT encubriesen una medida de política económica. En su criterio, la «condicionalidad» constituía un medio imprescindible para evitar que la ejecución del programa OMT pudiese incentivar a los Estados afectados a abandonar la realización de reformas estructurales necesarias para mejorar sus fundamentos económicos. Si la medida cuestionada presentaba aspectos puntuales propios de una política económica, ello resultaría compatible con el mandato del BCE porque aquella serviría únicamente como «apoyo» de las medidas de política económica, permaneciendo enteramente subordinada al objetivo prioritario del BCE (Conclusiones del Abogado General, pár. 132).

²⁷ Gauweiler y otros, par. 55 y 62.

²⁸ Conclusiones del Abogado General, par. 7.

²⁹ «La mutación constitucional de la Unión Europea», *ob. cit.*, pág. 76.

b) El control de proporcionalidad del programa OMT.

La dificultad que se acaba de poner de manifiesto (y que será nuevamente abordada en la tercera parte de este trabajo) también tuvo importantes repercusiones en la disímil aplicación del principio de proporcionalidad efectuada, respectivamente, por el TJ y el Abogado General. Para el primero, el programa OMT «sólo puede adoptarse y aplicarse legítimamente en la medida en que las medidas sean *proporcionadas a los objetivos de dicha política*»³⁰, es decir, el supremo intérprete del Derecho de la Unión Europea se mantuvo en la línea de considerar las medidas como parte de las atribuciones *ex conventione* del BCE. La «gran volatilidad», las «divergencias extremadamente importantes», el «riesgo de estallido de la zona euro» y las «perturbaciones de la política monetario del SEBC generadas por la situación específica de los bonos emitidos por ciertos Estados miembros» resultan para el TJ únicamente de interés por cuanto representan la situación concreta a partir de la cual calibrar la idoneidad o adecuación (primer subprincipio de proporcionalidad) del programa anunciado, pero en ningún caso la premisa inexcusable del control jurisdiccional³¹. Habida cuenta de que la política monetaria es un medio para alcanzar un fin determinado (la estabilidad de los precios) y de que su contenido sólo está determinado por el interés en el resultado a alcanzar, la actuación del BCE dependerá siempre de la situación de las cosas. Al renunciar a distinguir entre la situación normal que cada norma jurídica presupone como medio homogéneo y en la cual tiene validez, y la situación excepcional³², el TJ estaría reservando expresamente al BCE (convertido ya en un verdadero comisionario) tener manos absolutamente libres en todos los asunto monetarios para conducir la acción «*pro rerum, temporum et circumstantiarum qualitate* de la manera que él tenga por buena y útil y como lo permitan la *occasio et circumstantia*»³³: «El objetivo de “salvar el euro” (de forma inmediata, evitar la

³⁰ Gauweiler y otros, par. 66.

³¹ Gauweiler y otros, par. 72 y 89.

³² Una buena muestra de que para el supremo intérprete del Derecho de la Unión Europea ni el programa OMT merece ser considerado como «no convencional», ni la situación descrita reviste carácter «excepcional», la ofrece el hecho de que estos dos términos («no convencional» y «excepcional») no sean utilizados ni una sola vez a lo largo de las más de veinte páginas de que se compone la sentencia.

³³ SCHMITT, Carl, *Die Diktatur*, München und Leipzig, 1921 (Berlin, Duncker&Humblot, 1964) [trad. esp.: DÍAZ GARCÍA, José, *La dictadura*, Madrid, Revista de Occidente, 1968, pág. 101].

reducción del número de Estados Miembros de la Eurozona; de forma mediata, pero quizás determinante, evitar a toda costa una pérdida de valor de los activos financieros—el capital—expresado en euros) se ha convertido en un meta-objetivo que permite “derrotar” no sólo al espíritu de los Tratados, sino en algunas ocasiones al propio tenor literal de los mismos»³⁴.

En opinión del Sr. Cruz Villalón, por el contrario, el respeto al principio de proporcionalidad derivado del apartado 4 del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo, TUE) -un respeto que «se vuelve particularmente urgente cuando se trata del ejercicio de unas competencias ejercidas en razón de circunstancias excepcionales»- impondría al BCE la obligación de identificar de un modo transparente «la circunstancia excepcional y extraordinaria que le impulsa a adoptar una medida no convencional como la que aquí nos ocupa. (...) Estos criterios deberán ser escrupulosamente respetados por el BCE, como premisa inexcusable de un posterior control jurisdiccional»³⁵. Jurídicamente considerado, lo fundamental no radicaría tanto en que el programa OMT fuese adecuado para alcanzar una reducción de los tipos de interés de los títulos de deuda pública de los Estados afectados, como en que la circunstancia excepcional y extraordinaria que lo impulsa resultase previa, precisa y públicamente identificada, y que, como corolario de lo anterior, la intervención sólo sea coyuntural y, por tanto, esencialmente transitoria. La previa, precisa y pública identificación de la situación extraordinaria podría representar, en ausencia de un verdadero procedimiento regulado de declaración del estado de excepción, una suerte de «garantía formal»³⁶ del ordenamiento jurídico de la Unión Europea; en tanto que «pre-misa» inexcusable de la actuación (en este caso, del BCE), permitiría controlar que el programa se aplica durante un período imprescindible para que los tipos de interés del Estado o Estados afectados pudiesen recuperar los niveles de mercado considerados

³⁴ «Mutación y ¿quiebra? constitucional de la Unión Europea», *ob. cit.*, pág. 3.

³⁵ Conclusiones del Abogado General, par. 168 y ss.: En «el supuesto de una ejecución del programa, tanto el acto jurídico que le dé forma como su aplicación deberán atender a las exigencias de motivación, tal como se han descrito en los puntos 166 y 167 de estas conclusiones».

³⁶ CRUZ VILLALÓN, Pedro, «La protección extraordinaria del Estado», en PREDIERI, Alberto y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución española de 1978*, Madrid, Editorial Civitas, 1980, pp. 661-690, pág. 662.

ordinarios³⁷. Sólo bajo estas condiciones cabría someter al programa OMT, tal como resulta de los caracteres técnicos expuestos por el BCE, a un control jurisdiccional basado en el principio de proporcionalidad.

3. COROLARIO: NORMALIDAD Y EXCEPCIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

a) El problema de la excepción en el Derecho Público de la Unión Europea.

El original diseño de la Unión Económica y Monetaria (en lo sucesivo, UEM) se basaba en el principio de rigor en la ejecución presupuestaria:

«Los Estados miembros de la Unión Monetaria debían adecuar sus gastos a sus recursos y viceversa, de modo y manera que su autonomía en materia fiscal no tuviese efectos perniciosos sobre los restantes estados que pasaban a compartir política monetaria. La triple prohibición de la «monetarización» de la deuda, de acceso privilegiado al crédito de las instituciones financieras y de asistencia financiera mutua (que, como ya indicamos, era posible y se practicó con anterioridad) se encaminaban a asegurar la responsabilidad exclusiva e intransferible de cada estado sobre sus finanzas públicas. El precio de la autonomía fiscal en la Unión Monetaria era el de la no mutualización de las deudas públicas nacionales.

§91. Este marco constitucional financiero ha sido en la práctica abandonado»³⁸.

Que la existencia de una moneda única dentro de una zona económica multiestatal puede generar desincentivos para los gobiernos nacionales a la hora de diseñar y ejecutar sus políticas fiscales (y que el original diseño institucional de la UEM sólo estaría en condiciones de corregir parcialmente esos desincentivos) es algo que la proteica crisis europea ha evidenciado tercamente a lo largo de estos últimos años³⁹. Entre los muchos ejemplos del parcial abandono del inicial diseño institucional de la UEM cabría citar la ayuda financiera que los Estados de la zona euro se han prestado

³⁷ «Las modificaciones transitorias que sufre el régimen constitucional durante la vigencia de un estado o situación de excepción aparecen presididas por el que es el principio general básico inspirador del derecho de excepción, el *principio de necesidad*, complementado éste por el de *proporcionalidad*. En su virtud, las modificaciones del régimen ordinario serán única y exclusivamente las que se revelen necesarias en orden al restablecimiento de la normalidad, y las medidas a tomar en relación con dichas modificaciones habrán de ser siempre aplicadas de forma proporcionada a las circunstancias concretas» (CRUZ VILLALÓN, Pedro, «El nuevo derecho de excepción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, Nº 2, Mayo-agosto 1981, pp. 93-128, pág. 117).

³⁸ «La mutación constitucional de la Unión Europea», *ob. cit.*, pág. 90.

³⁹ *The ECB's Non-Standard Monetary Policy Measures...*, *ob. cit.*, pág. 2.

entre sí desde la primavera del año 2010, las «ayudas de Estado» concedidas a las entidades financieras, las «medidas no convencionales de política monetaria»⁴⁰, etc. Particularmente en lo que a esta última se refiere (i. e., a la política monetaria), todo parece indicar que la salvación de la moneda única hubiese devenido en un objetivo imponderable a preservar incluso frente a las disposiciones del Derecho primario, para lo cual se habría producido un reforzamiento de los poderes de la institución directora de la política monetaria de la Unión en el sentido de permitirle una utilización prácticamente discrecional de la misma. Todas las «medidas no convencionales de política monetaria» adoptadas por el BCE han resuelto el dilema entre el mantenimiento de las condiciones económicas y financieras que dotan de eficacia a la política monetaria única (art. 127.2. TFUE), por una parte, y el respeto al principio de «economía de mercado abierta y de libre competencia» (art. 127.1 en relación con el art. 119 TFUE), por otra, en favor de la primera⁴¹. Finalmente, el fortalecimiento del BCE habría terminado de diluir los lábiles linderos entre política monetaria y política fiscal, poniendo finalmente de manifiesto el carácter inevitablemente político de la mentada institución, y alterando los términos de su relación con las restantes instituciones y Estados miembros de la Unión Europea⁴².

No es sorprendente que el enfrentamiento con una crisis (de la índole que sea) conduzca a reforzar durante un tiempo breve y exactamente delimitado los poderes de una autoridad central en aras de la *salus rei publicae* (o, en este caso, la *salus rei pecuniariae*). El BCE es el responsable último del mantenimiento de la estabilidad de los precios y, por ello, es lógico que se encuentre habilitado para responder con medidas extraordinarias a situaciones extraordinarias, no pudiendo su actuación quedar rígidamente limitada en esta materia (so pena de reducir su mandato a la condición de mero programa). Sin embargo, es más que discutible que el mantenimiento de la efectividad de la política monetaria pueda justificar la adopción de cualquier medida por

⁴⁰ Señaladamente, la ampliación de la lista de activos de garantía admitidos, la inyección de liquidez a plazo más largo o la compra de valores distintos de acciones específicos. En relación con estas medidas, *vid.*, entre otros, HINAREJOS, A., *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2014, capítulo 3, apartado 3.1.

⁴¹ «La mutación constitucional de la Unión Europea», *ob. cit.*, pág. 85.

⁴² «Mutación y ¿quiebra? constitucional de la Unión Europea», *ob. cit.*, pág. 3.

parte del BCE, particularmente cuando semejantes medidas se adoptan en momentos políticamente decisivos; y es que, como muy agudamente advierte Agustín José MENÉNDEZ «el programa de mercado de valores se estableció en la segunda semana de mayo de 2010, de forma contemporánea a la creación del MEEF y el FEEF. La «ampliación» radical del programa se produjo en agosto de 2011, al constatarse el fracaso de las decisiones adoptadas en el Consejo de la Eurozona de finales de julio de 2011. Las *outright monetary operations* son subsiguientes a la decisión de avanzar hacia la unión bancaria»⁴³.

Se podría discutir acerca de si el BCE es empleado⁴⁴ para dotar de renovado impulso a una integración que parece llevar algún tiempo políticamente estancada -en cuyo caso se habría convertido en un (excepcional) motor de la integración-, pero, por razones obvias, semejante debate excede con mucho el objetivo de esta comunicación. Lo que sí cabe advertir, no obstante, es que una postura como la del TJ, consistente en no reconocer debidamente la excepcionalidad de determinadas situaciones, conlleva, en primer lugar, desconocer (si no encubrir) su innegable relevancia *política* (con la consiguiente e indeseable sustracción a toda responsabilidad y supervisión políticas⁴⁵). En segundo lugar, un tratamiento indebido de las situaciones de emergencia impediría enfrentarlas tanto con los controles y garantías característicos del Estado constitucional de Derecho⁴⁶, como con el respeto debido del Derecho primario de la Unión, convirtiendo, así, a este último en un derecho vulnerable a la normalidad.

b) Controles y garantías.

Que cada norma jurídica presupone como medio homogéneo una situación normal en la cual tiene validez⁴⁷ es algo que se tuvo muy presente en el momento de

⁴³ «La mutación constitucional de la Unión Europea», *ob. cit.*, pág. 72, nota al pie n° 33.

⁴⁴ Así como para «realizar la revolución que ha hecho del Estado estamental un Estado absolutista, sólo podían emplearse en definitiva comisarios de acción» (*La dictadura, ob. cit.*, pág. 92).

⁴⁵ Una sustracción que redundaría en un injustificable menoscabo de la legitimidad democrática del proceso integrador.

⁴⁶ «El nuevo derecho de excepción», *ob. cit.*, pp. 112 y ss.

⁴⁷ SCHMITT, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt Hamburg, 1934, pág. 13 [trad. esp.: HERRERO, Montserrat, «Derechos de

reformular el artículo 135 de la Constitución española (en lo sucesivo, CE), como demuestra la inclusión de un apartado 4 conforme al cual se permite superar los límites de déficit estructural y de volumen de deuda en situaciones excepcionales, tales como «catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado». Huelga insistir en cuán saludable resulta que la Constitución regule los mecanismos con los que los poderes públicos cuentan para reaccionar frente a situaciones graves y de riesgo para la estabilidad económica o social de un país; la renuncia a hacerlo –como la experiencia europea anterior a la segunda mitad del siglo XIX enseña- abocaría a esa desagradable situación en la cual:

«La realidad, sin embargo, mostraba que las garantías eran suspendidas, por uno u otro expediente, cada vez que los Gobiernos lo consideraban preciso. En particular, la práctica del estado de sitio *ficticio* se encontraba sólidamente asentada, una institución no solamente carente de cualquier base constitucional, sino, lo que debería parecer más grave, ausente de cualquier normativa»⁴⁸.

Afrontar las dificultades que tradicionalmente han presentado para el Derecho público las situaciones de emergencia sin abandonar el marco institucional-financiero de la Unión es una tarea plagada de dificultades. La primera de ellas tiene que ver con la naturaleza de la emergencia. Un mundo marcado por medios de poder económico tales como el hundimiento de la divisa extranjera, el bloqueo de créditos o el embargo de materias primas pone constantemente de manifiesto las debilidades los viejos actores políticos para hacer frente a los problemas globales. «Que producción y consumo, precios y mercado poseen su propia esfera, y no pueden ser dirigidos ni por la ética ni por la estética, ni por la religión ni, menos aún, por la política»⁴⁹, parece haber sido una de las predicciones más infalibles del siglo pasado, una de las pocas verdaderamente indiscutibles. Otra de las dificultades –manifiestamente derivada de la anterior- radicaría en delimitar con precisión la dimensión temporal de las acciones a adoptar.

libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich», en Posiciones ante el derecho, Madrid, Tecnos, 2012].

⁴⁸ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El estado de sitio y la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1980, pág. 10.

⁴⁹ *El concepto de los político, ob. cit.*, pág. 100.

Los estados excepcionales son un medio para alcanzar un fin concreto, y las modificaciones del régimen ordinario son única y exclusivamente las que se revelen indispensables en aras del restablecimiento de la normalidad. Las múltiples medidas transitorias con las cuales se intentó contener y superar la crisis europea habrían conducido a una profunda transformación del Derecho de la Unión Europea, una «mudanza de mayor calibre y trascendencia que la resultante de los distintos Tratados de Reforma ratificados en las últimas décadas, incluido el Tratado de Lisboa»⁵⁰.

⁵⁰ «La mutación constitucional de la Unión Europea», *ob. cit.*, pág. 42.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DOCUMENTALES

ALONSO GARCÍA, Ricardo, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2014.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo, «Actos *ultra vires* de la Unión Europea y derecho a la participación política: la decisión del Tribunal Constitucional Alemán sobre el programa de adquisición de deuda pública del Banco Central Europeo», en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 34, 2014, pp. 433-446.

ANDERSEN, Svein S., y BURNS, Tom R., «The European Union and the erosion of parliamentary democracy: a study of post-parliamentary governance», en ANDERSEN, S. S., y ELIASSEN, K. A., *The European Union: how democratic is it?*, Londres, SAGE, 1996.

ARAGÓN REYES, Manuel, «El control parlamentario como control político», en *Revista de Derecho Político*, nº 23, 1986, pp. 9-39.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El estado de sitio y la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1980.

- «La protección extraordinaria del Estado», en PREDIERI, Alberto y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución española de 1978*, Madrid, Editorial Civitas, 1980, pp. 661-690.
- «El nuevo derecho de excepción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, Nº 2, Mayo-agosto 1981, pp. 93-128.
- «Normalidad y excepción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 24, Nº 71, Mayo-agosto 2004, pp. 187-200.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «La suspensión de garantías constitucionales en la nueva España constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7 (nueva época), pp. 299-312.

IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara, «The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights», en *Common Market Law Review*, 49, 2012, pp. 1.565-1.612.

MENÉNDEZ, Agustín José, «La mutación constitucional de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 96, septiembre-diciembre (2012), pp. 41-98.

- *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión Europea*, León, Eolas, 2012.
- «Mutación y ¿quiebra? constitucional de la Unión Europea», en *Documentación Administrativa* (nueva época), nº 1, enero-diciembre, 2014.

MUIR, Elise, «The fundamental rights implications of EU legislation: some constitutional challenges», en *Common Market Law Review*, 51, 2014, pp. 219-246.

SARMIENTO, Daniel, «Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe», en *Common Market Law Review*, 50, 2013, pp. 1.267-1.304.

SCHMITT, Carl, *Die Diktatur*, München und Leipzig, 1921 (Berlin, Duncker&Humblot, 1964) [trad. esp.: DÍAZ GARCÍA, José, *La dictadura*, Madrid, Revista de Occidente, 1968].

- *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 1922 [Berlin, Duncker&Humblot, 2. Aufl., 1934 [4. Aufl., 1985)].
- *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1923 (Berlin, Duncker&Humblot, 1979) [trad. esp.: NELSSON, Thies y GRUESO, Rosa, *Sobre el Parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990 (2ª ed., 1996)].
- *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Berlin, Duncker&Humblot, 1987 [trad. esp.: AGAPITO, Rafael, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991 (1º ed. En “Ensayo”, 1998; 2ª reimpr., 2002)].
- *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie*, 1969 [Berlin, Duncker&Humblot, 1970 [2. Aufl., 1984)].