

LA SENTENCIA *GAUWEILER* (C-62/14) DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, SOBRE EL PROGRAMA DE COMPRA DE DEUDA PÚBLICA DEL BANCO CENTRAL EUROPEO

DANIEL SARMIENTO

Profesor titular de Derecho administrativo y de la UE

Revista Española de Derecho Europeo 57

Enero – Marzo 2016

Págs. 63 – 74

SUMARIO: I. EL PROGRAMA OMT Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, DE 10 DE FEBRERO DE 2014. II. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL CRUZ VILLALÓN. III. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. IV. ANÁLISIS.

RESUMEN: La sentencia *Gauweiler* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha supuesto un importante avance para el proceso de integración europea, pues ha confirmado la potestad del Banco Central Europeo de realizar compras masivas de deuda pública, permitiéndole actuar, en circunstancias muy determinadas, como un prestamista de última instancia de los Estados. El contenido, alcance y consecuencias de la sentencia son el objeto del presente análisis.

PALABRAS CLAVE: Tribunal de Justicia de la UE; programa OMT; Banco Central Europeo; financiación monetaria; política económica de la UE.

ABSTRACT: The judgment of the Court of Justice of the European Union in the case of *Gauweiler* is a landmark decision for European integration, inasmuch it confirms the European Central Bank's powers to undergo massive purchases of sovereign bonds, allowing it to act, in very specific circumstances, as a lender of last resort. The content, scope and consequences of the judgment are the subject matter of this paper.

KEYWORDS: Court of Justice of the EU; OMT programme; European Central Bank, monetary financing; economic policy of the EU.

El 16 de junio de 2015 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJ) dictó una sentencia fundamental para la Unión Económica y Monetaria, pero también para el sistema judicial europeo¹. Por primera vez en su historia, el Tribunal Constitucional alemán hizo uso del mecanismo de cooperación judicial europeo por excelencia, la cuestión prejudicial, para cuestionar nada menos que el programa del Banco Central Europeo que había permitido estabilizar los mercados (y a la zona euro en su conjunto) durante el verano de 2012. En opinión de no pocos economistas, dicho programa es uno de los factores que ha permitido a la zona euro mantener cierta estabilidad hasta la fecha.

En una sentencia dictada en Gran Sala, el TJ resolvió en favor del Banco Central Europeo (en adelante, BCE) y declaró la legalidad del programa de Operaciones Monetarias de Compraventa. Sin embargo, la sentencia introduce importantes condicionantes en la actividad del BCE que determinarán de forma muy determinante las futuras intervenciones de la institución en el mercado de deuda pública. Este comentario analiza de las principales aportaciones de la sentencia, así como algunos aspectos de la misma susceptibles de crítica.

I. EL PROGRAMA OMT Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, DE 10 DE FEBRERO DE 2014

El verano de 2012 fue especialmente difícil para la zona euro. Tras varios años de inestabilidad financiera internacional, la crisis que en un principio afectó al sector financiero europeo comenzó a hacer mella en las finanzas de algunos Estados de la zona euro, reflejándose en los tipos de interés exigidos a las emisiones de deuda de dichos Estados. En julio de 2012 las turbulencias alcanzaron tal punto que Mario Draghi, en una conocida intervención pronunciada en Londres, anunció la voluntad del BCE de hacer «todo lo necesario para salvar la moneda única» («*whatever it takes*»)². Aquella frase fue interpretada como el prelude de una pronta y determinante intervención del BCE en el mercado de deuda pública, acudiendo al rescate de los Estados con mayores problemas de financiación. La mera posibilidad de una intervención de este tipo trajo inmediatamente la calma a los mercados.

El 6 de septiembre de 2012, pocas semanas después del discurso de Mario Draghi, el Consejo de Gobierno del BCE aprobaba las directrices básicas de un nuevo programa de compra de deuda pública en el mercado secundario, bajo el nombre de «Operaciones Monetarias de Compraventa». En virtud del mismo, el BCE anunciaba un programa con el cual un Estado miembro podría beneficiarse de una intervención de la institución en el mercado secundario de deuda, pero con la única y exclusiva finalidad de facilitar y asegurar el mantenimiento del canal de transmisión de la política monetaria. En la medida en que un incremento exagerado de los tipos de interés exigidos a un Estado miembro tiene la capacidad de bloquear los impulsos que el

1. Sentencia en el asunto C-62/14, *Gauweiler y otros* (EU:C:2015:400).

2. Véase el discurso íntegro en <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>.

BCE transmite a través de los respectivos canales, la compra de deuda tendría por objeto rebajar los diferenciales entre Estados hasta que el tipo de interés del Estado afectado volviese a unos niveles coherentes con su situación macroeconómica.

Además, el programa OMT llevaba aparejados una serie de condicionantes: el Estado afectado debería estar sujeto a un programa de ajuste financiero (los llamados «rescates»), las compras de títulos se centrarían en bonos con fechas de vencimiento entre uno y tres años, el BCE recibiría un tratamiento *pari passu* y, finalmente, la liquidez generada se esterilizaría íntegramente.

Aunque el programa OMT nunca ha sido formalmente aprobado ni tampoco puesto en práctica, su mero anuncio a través de un comunicado de prensa produjo el efecto deseado: el BCE mostraba su voluntad de intervenir en el mercado secundario de deuda pública para frenar las operaciones especulativas que estaban forzando a algunos Estados miembros a situaciones críticas de liquidez. La operación fue un éxito, pero al asumir el BCE una función cercana a la de un «prestamista de última instancia» de los Estados, algo que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe de forma tajante, surgieron inmediatamente dudas sobre la legalidad de la medida³.

Las dudas aparecieron principalmente en Alemania, donde un nutrido grupo de ciudadanos recurrieron ante el Tribunal Constitucional Federal alemán la omisión del gobierno alemán de recurrir el programa OMT ante el TJ. En este contexto procesal, articulado en torno a una supuesta infracción del derecho fundamental al voto, el Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, TCF) decidió plantear una cuestión prejudicial al TJ, cuestionando la compatibilidad del programa OMT con los Tratados constitutivos⁴.

La primera pregunta planteada por el TCF iba referida a la incardinación del programa OMT en el reparto de competencias previsto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). El BCE disfruta de una competencia exclusiva en el ejercicio de la política monetaria. En cambio, la política económica corresponde a los Estados miembros y, de forma muy accesoria, al Consejo. Aunque el BCE tiene en su mandato la obligación de apoyar las políticas económicas de la Unión, si mandato «principal» es la consecución de la estabilidad de precios. Por tanto, un programa como OMT, dirigido a estabilizar la capacidad de financiación de un Estado miembro y vinculado a un programa de ajuste financiero con fuertes

3. Sobre la función del BCE y, en particular, sobre los Bancos centrales como «prestamistas de última instancia», véase GARCÍA-ANDRADE, J., «El sistema monetario en una Unión Europea de Derecho», en *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ (Dir.), Aranzadi, Cizur (Navarra), 2014, pp. 253 y ss.

4. Existe una abundante bibliografía sobre el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial elevada por el TCF. Véase, entre otros, el número especial publicado en la *German Law Journal* (nº 15, 2014). En particular, véase el comentario publicado en esta revista de GARCÍA-ANDRADE, J., «La cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional alemán sobre la Decisión OMT», *REDE*, núm. 41, 2014.

medidas de política económica, podría interpretarse como una medida de política económica y no de política monetaria. Si fuera así, el BCE no dispondría de esa competencia y habría vulnerado los Tratados.

La segunda pregunta suscitada por el TCF tenía por objeto la prohibición de financiación monetaria de los Estados miembros contenida en el artículo 123 TFUE. Esta disposición prohíbe al BCE cualquier intervención en el mercado dirigida a financiar un Estado miembro, destacando, en particular, la prohibición de adquirir *directamente* deuda pública. Aunque el programa OMT se debería ejecutar en el mercado secundario y no primario de deuda pública, es evidente que el efecto inmediato del programa es facilitar las condiciones de financiación de un Estado miembro. En tal sentido, el programa podría incurrir en una suerte de financiación directa encubierta de un Estado miembro, contraria a la prohibición enunciada en el artículo 123 TFUE.

A todo lo anterior, se debe añadir una circunstancia que caracteriza muy singularmente a la cuestión prejudicial planteada por el TCF. A pesar de haber planteado el reenvío prejudicial al TJ, el órgano remitente destaca que, en virtud de su jurisprudencia constitucional, se encuentra facultado para declarar la inaplicabilidad de un acto de la Unión en territorio nacional si dicho acto es abierta y gravemente contrario a la Constitución. Este control de constitucionalidad del Derecho de la UE, claramente excepcional y dirigido a salvaguardar un «núcleo duro» constitucional, es precisamente el que el TCF se declara dispuesto a ejercer después de la respuesta del alto tribunal europeo. Por tanto, el asunto *Gauweiler* no sólo suscita importantes cuestiones relativas a la Unión Económica y Monetaria, sino también una delicadísima pregunta que afecta a la facultad de los órganos jurisdiccionales constitucionales nacionales, y a su capacidad de cuestionar la primacía del Derecho de la UE sobre la Constitución.

II. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL CRUZ VILLALÓN

En sus conclusiones, presentadas el 14 de enero de 2015, el Abogado General Cruz Villalón propuso una solución al TJ, abordando no sólo las cuestiones directamente planteadas por el TCF, sino también las suscitadas por los Estados intervinientes en el procedimiento prejudicial. Muy en especial, el Abogado General centró su atención en las peculiaridades de la cuestión suscitada, en términos un tanto conminatorios y amenazando con una posible declaración de inaplicabilidad de la sentencia del TJ, en caso de no alinearse con la lectura que adelantaba el TCF. Este modo de plantear la cuestión llevó a la República de Italia y al Reino de España a proponer al TJ que inadmitiera el reenvío prejudicial, al considerar que se trataba de una cuestión hipotética que, además, ponía en cuestión el monopolio de enjuiciamiento del Derecho de la Unión del que disfruta el TJ. El Abogado General abordó esta cuestión en términos pragmáticos, reinterpretando el tenor del auto de planteamiento y llegando a la conclusión de que difícilmente se puede concebir un reenvío que niegue simultáneamente la utilidad del mismo⁵. Si el TCF plantea la cuestión,

5. Conclusiones del Abogado General, puntos 30-36.

será porque tiene una duda razonable y necesita el criterio vinculante del TJ para poder resolverla. La presunción de pertinencia de que disfrutaban las prejudiciales permitiría, en opinión del Abogado General, dar respuesta a las preguntas suscitadas. Pero se trata de presunción que para el Abogado General también incluye una presunción de lealtad: debe presumirse que el TCF ha actuado y actuará con arreglo a la lealtad institucional que le exigen los Tratados constitutivos, así como su propio Derecho interno.

Asimismo, el Abogado General abordó otra espinosa cuestión previa al fondo, suscitada por la mayoría de los Estados intervinientes: la inadmisibilidad de la primera cuestión prejudicial, formulada en términos de validez, por la que se cuestionaba el programa OMT en su versión publicada en un comunicado de prensa el 6 de septiembre de 2012. El Abogado General, en contra del criterio de los Estados intervinientes, consideró que esta cuestión era admisible, al considerar que el comunicado de prensa, a pesar de tratarse de un acto informal y atípico, era susceptible de ser objeto de enjuiciamiento⁶. El razonamiento del Abogado General se basa en la jurisprudencia del TJ relativa a la impugnabilidad de actos de la Unión, la cual destaca, entre otros factores, las circunstancias específicas del acto cuestionado. Según el Abogado General, el programa OMT había sido objeto de discusión y votación en el Consejo de Gobierno del BCE, seguido de una publicación en la página web de la Institución. Sin embargo, el acto se enmarcaba en la típica acción de comunicación de los bancos centrales, donde es más importante el mensaje que el formato en el que viene enmarcado. El programa OMT buscaba apaciguar a los mercados, cosa que se hizo con su anuncio. En la medida en que el objetivo del programa se cumplía a través de su publicación, es evidente que el acto está surtiendo efectos y, en consecuencia, es susceptible de enjuiciamiento jurisdiccional.

Respecto de las cuestiones de fondo, el Abogado General comenzó su análisis estudiando la compatibilidad del programa OMT con el artículo 119 TFUE. Sobre este punto, el TCF consideraba que un programa como OMT, por el cual se adquiere deuda soberana en el mercado secundario de deuda, con el fin de mejorar las condiciones de financiación de determinados Estados miembros, constituía una medida de política económica y no de política monetaria. El Abogado General desestimó los argumentos esgrimidos por el TCF y por los recurrentes en el proceso principal⁷, pero consideró que existía un problema de legalidad en las intervenciones del BCE en la llamada troika, un órgano informal compuesto por la Comisión, el Fondo Monetario Internacional y el BCE, con el fin de supervisar el cumplimiento de los programas de asistencia financiera a los Estados miembros. Según el Abogado General, en la medida en que el programa OMT va dirigido únicamente a Estados sujetos a un programa de asistencia financiera, el hecho de que la Institución se encargue de supervisar el cumplimiento y, al mismo tiempo, condicione la ejecución del programa OMT a dicho cumplimiento, convierte al programa en un mecanismo

6. Conclusiones del Abogado General, puntos 78-90.

7. *Ibidem*, puntos 140-150.

más propio de la política económica. Por tanto, para que el programa OMT fuera compatible con los Tratados, el BCE debería retirarse de toda participación en las *troikas* de los Estados a los que se les aplique dicho programa⁸.

En cuanto a la prohibición de financiación monetaria, el Abogado General analizó los rasgos que, según el TCF, conducían al programa OMT a infringir el artículo 123 TFUE. En opinión del Abogado General, el programa no constituía una medida semejante, en la medida en que se garantizaba que la intervención del BCE mantuviera un valor real de mercado. Asimismo, al limitarse a adquirir títulos con plazos de vencimiento inferiores a los tres años, se trataba de una medida de financiación inapropiada, pues los Estados se financian principalmente con emisiones de deuda a diez años. A todo ello se suma que el BCE se reservaba el derecho a suspender la ejecución del programa si tenía indicios de que el Estado afectado estaba emitiendo cantidades excesivas de deuda con el fin de beneficiarse de la intervención del BCE. Todo ello, según el Abogado General, permitía concluir que el programa OMT alcanzaba un justo equilibrio y lograba evitar incurrir en una violación del artículo 123 TFUE⁹.

III. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La sentencia del 16 de junio de 2015 responde, en primer lugar, a las objeciones suscitadas por los gobiernos italianos y español dirigidas a cuestionar la competencia y la admisibilidad del TJ. En opinión de dichos gobiernos, la pregunta suscitada por el TCF no estaría justificada, pues se estaría planteando en contravención de los Tratados y en un contexto puramente hipotético. Al formular la cuestión prejudicial y advertir simultáneamente de la voluntad del TCF de acometer un control de constitucionalidad de un acto del BCE, incluso tras su enjuiciamiento por el TJ, el órgano remitente habría convertido el procedimiento prejudicial en un proceso puramente consultivo. Sin embargo, el TJ rechazó este planteamiento y consideró que la cuestión prejudicial tenía una clara utilidad para el TCF. La respuesta del TJ es muy pragmática, pues asume que, por el simple hecho de preguntar, la cuestión prejudicial debe servir a algún propósito legítimo y de buena fe. El TJ se preocupa de resaltar el carácter obligatorio de sus sentencias, destaca que los tribunales nacionales deben darles cumplimiento, y asume que, en la medida en que el TCF cumplirá con esta misma obligación, la cuestión no es hipotética y sirve a un propósito legítimo¹⁰. Por tanto, el TJ asume que el TCF acatará la sentencia que venga de Luxemburgo.

A continuación, el Tribunal de Justicia se ocupa de una cuestión suscitada por varios Estados miembros, referida a la naturaleza jurídica del programa OMT en tanto que acto revisable en el marco de un procedimiento prejudicial de validez. La cuestión no es baladí, porque afecta a un número muy significativo de actos del BCE

8. *Ibidem*, punto 144.

9. *Ibidem*, puntos 229-261.

10. Sentencia *Gauweiler*, apartados 11 a 17.

fácilmente calificables como de «soft law», pero con efectos muy considerables en el tráfico jurídico. De hecho, el programa OMT sólo se conoce a través de un comunicado de prensa publicado en la página web del BCE y únicamente en inglés. Es más: hasta la fecha no se ha hecho uso del mismo. Se trata de una típica medida de comunicación pública desempeñada por un banco central, dirigida a condicionar el funcionamiento de los mercados, pero dentro de los objetivos perseguidos por la institución en el ejercicio de su política monetaria. El Abogado General Cruz Villalón, en sus conclusiones publicadas en el asunto *Gauweiler*, destacó que este tipo de comunicación pública se había convertido en una herramienta fundamental de los bancos centrales, y que su impacto sobre terceros es más que evidente. Por este motivo invitó al BCE a que declarase que el programa OMT constituía un acto revisable en un proceso prejudicial de validez¹¹. No obstante, el TJ adoptó una posición intermedia y se limitó a destacar que el órgano remitente, a título subsidiario, había formulado las mismas preguntas pero a título interpretativo. Por tanto, el TJ consideró que no era necesario pronunciarse sobre la primera cuestión y asumió únicamente la segunda, enfocándola como una cuestión de interpretación de los Tratados.

En cuanto al fondo del asunto, el TJ analiza en primer lugar las dudas de legalidad del programa OMT a la luz del reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros en materia económica. En opinión de los recurrentes en el proceso principal, el programa OMT supondría una intervención del BCE en la política económica de los Estados miembros, en la medida en que una compra masiva de deuda pública, vinculada a un programa de asistencia financiera y exclusivamente dirigida al Estado miembro afectado por el programa, puede ser equivalente a una medida de política económica. Sin embargo, el TJ consideró que el BCE había introducido suficientes salvaguardas a la hora de diseñar el programa OMT como para mantener el carácter monetario de la medida. A diferencia del Abogado General, que consideró que la participación del BCE en la vigilancia de los programas de asistencia financiera generaba un conflicto susceptible de afectar la independencia de la Institución, el TJ se limitó a resaltar las principales características del programa OMT, los requisitos a los que quedaba sujeto y la motivación proporcionada por el BCE al adoptar la medida¹².

En segundo lugar, el TJ rechazó igualmente las objeciones planteadas a la luz de la prohibición de financiación monetaria. El artículo 123 TFUE prohíbe cualquier forma de financiación de los Estados miembros a través de medidas de política monetaria. El hecho de que el programa OMT facilite el acceso a la financiación de un Estado, en un contexto en el que dicho Estado necesita el auxilio de un prestamista para recuperar liquidez, podría equipararse a una medida de financiación monetaria. El TJ no lo entendió así, volvió a analizar las características y requisitos del programa OMT, especialmente el relativo al llamado «periodo de embargo», en virtud del cual el BCE impone un periodo de tiempo desde la puesta a disposición del bono en el

11. Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón, apartados 82 a 90.

12. Sentencia *Gauweiler*, apartados 46 a 92.

mercado secundario con la finalidad de que alcance su verdadero valor de mercado¹³, y consideró que la medida no equivalía a una medida de financiación monetaria¹⁴.

IV. ANÁLISIS

La sentencia del TJ en el asunto *Gauweiler* suscita varias cuestiones de enorme interés y con una indudable trascendencia para la moneda única y el sistema judicial europeo. Sin ánimo de ser exhaustivos, cabe destacar las siguientes.

En primer lugar, el TJ ha evitado una confrontación directa con uno de los Tribunales Constitucionales más relevantes del panorama judicial europeo. Aunque algunos Estados habían invitado abiertamente al TJ a que declarara la cuestión prejudicial inadmisibile, basándose en el cuestionable planteamiento del auto de remisión¹⁵, lo cierto es que el TJ, así como el Abogado General, optaron por un planteamiento mucho más conciliador. Para el TJ resulta inconcebible que un Tribunal Constitucional desobedezca abiertamente las resoluciones procedentes de Luxemburgo. Y sobre esa certeza, el TJ entiende que debe dar respuesta a las preguntas planteadas, pues, por mucho que el órgano remitente dé muestras de querer «rebelarse» a los dictados del TJ, éste considera que tal rebelión nunca llegará a producirse¹⁶. Este planteamiento se basa en un entendimiento amplio del principio de cooperación leal, plenamente aplicable a las relaciones entre tribunales de la Unión y nacionales.

No obstante, el TJ le recuerda al órgano remitente la obligatoriedad de las resoluciones procedentes de Luxemburgo, y lo hace invocando varios precedentes, incluido

13. Sentencia *Gauweiler*, apartados 107 a 127.

14. Al respecto, véase M. RUFFERT, «The European Debt Crisis and European Union Law» (2011) 48 *C.M.L. Rev.* 1777, 1785; R. PALMSTORFER, «To bail out or not to bail out? The current framework of financial assistance for euro area Member States measured against the requirements of EU primary law» (2012) 37 *E.L. Rev.*, 771-784; J.-V., LOUIS, «The no-bailout clause and rescue packages» (2010) 47 *C.M.L. Rev.* 971, 977; J. PIPKORN, «Legal arrangements in the Treaty of Maastricht for the effectiveness of the economic and monetary union» (1994) 31 *C.M.L. Rev.* 275; y HOFMEISTER, «To Bail Out Or Not to Bail Out? – Legal Aspects of the Greek Crisis», (2010-2011) 13 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 113-134.

15. La República Italiana y el Reino de España.

16. En palabras del Abogado General, «En concreto, esta hipótesis consistiría en no descartar de entrada, e incluso confiar en que el tribunal nacional, a la vista y en consideración de la respuesta recibida por el Tribunal de Justicia, y sin perjuicio del ejercicio de su propia responsabilidad, asumiría como determinante en los procesos *a quo* la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión planteada. La cooperación leal incorpora un elemento de confianza, y esa confianza puede tener particular sentido en el presente caso. Hay que tener en cuenta que la presente cuestión prejudicial aparece configurada por el BVerfG en unos términos que permiten al Tribunal de Justicia confiar, dentro de los límites de lo razonable, en que aquél asumirá como suficiente y definitiva la respuesta recibida, pudiendo bastar por sí misma para que aquél disponga de los parámetros suficientes a fin de dar respuesta a las pretensiones formuladas en los procesos *a quo*». Conclusiones, apartado 67.

el del caso *Krizan*. En dicho asunto, el TJ admitió el poder de un órgano jurisdiccional ordinario de inaplicar la jurisprudencia de un tribunal constitucional contraria al Derecho de la Unión. Esta cita es un simbólico recordatorio de que las autoridades alemanas, incluido el poder judicial y los órganos constitucionales, están obligadas a dar cumplimiento al Derecho de la Unión. La referencia a esta jurisprudencia se hace sin formular explícitamente su contenido, pero es un modo discreto de poner en evidencia cuánto hay en juego en el presente asunto.

En segundo lugar, la sentencia suscita un interesante interrogante procesal, pues el TJ admitió la cuestión prejudicial de interpretación, sin declarar abiertamente que la cuestión prejudicial de validez careciese de objeto¹⁷. Sin embargo, existían serias dudas de que el programa OMT pudiese considerarse un acto susceptible de revisión. A fin de cuentas, el programa OMT sólo se manifestaba a través de un comunicado de prensa, publicado en Internet en la página web del BCE. Ni siquiera se había aprobado formalmente, pues la reunión del Consejo de Gobierno que había precedido al anuncio del programa había aprobado las líneas maestras, pero no la decisión definitiva. Así las cosas, el hecho de que el TJ aceptara enjuiciar dicho programa por la vía de la cuestión prejudicial de interpretación, confirmaría la existencia de un cauce nuevo de revisión de actos provisionales de la Unión a través del artículo 267.1 TFUE. En cierta medida, el TJ estaría abriendo la puerta a una vía de revisión de los de la Unión similar a la ya existente para los actos de los Estados miembros: las cuestiones prejudiciales de interpretación se formulan como tales, pero en realidad sirven como instrumentos de control indirecto de la legalidad de un acto. La sentencia *Gauweiler* habría abierto, por vez primera, esta vía procesal.

El tercer aspecto reseñable afecta al tipo de control que el TJ está dispuesto a ejercer sobre los actos de política monetaria del BCE. Uno de los argumentos suscitados por los recurrentes en el proceso principal destacaba la necesidad de que los actos del BCE estén sujetos a un control judicial intenso, con independencia de la complejidad técnica de la materia. El TJ no compartió este planteamiento y declaró abiertamente que el control sobre los actos del BCE debía realizarse desde un cierto grado de deferencia en favor de la Institución. En palabras del propio TJ:

*«habida cuenta de que, al elaborar y aplicar un programa de operaciones de mercado abierto como el que se anunció en el comunicado de prensa, el SEBC se ve obligado a proceder a elecciones de carácter técnico y a efectuar previsiones y apreciaciones complejas, procede reconocerle, en este contexto, una amplia facultad de apreciación»*¹⁸.

Sin embargo, el hecho de que el TJ opte por un control deferente hacia los actos del BCE no implica en modo alguno que dicho control no sea estricto. De hecho, el TJ introduce un parámetro de control que el TCF había ignorado en su auto de remisión: el control de proporcionalidad. Al enjuiciar si el programa OMT era acorde

17. Sentencia *Gauweiler*, apartados 27 a 30.

18. Sentencia *Gauweiler*, apartado 68.

con las competencias atribuidas por los Tratados al BCE, la sentencia recuerda que el artículo 4 del Tratado de la Unión Europea exige un ejercicio de las competencias con arreglo al principio de proporcionalidad¹⁹. Este control lo introduce el TJ con el fin de enjuiciar los diversos *tests* integrantes de dicho principio: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Si bien el TJ reconoce el margen de apreciación del BCE, el principio de proporcionalidad exige a la Institución un deber de motivación bastante oneroso. Este deber de motivación compensa el hecho de que el TJ no acometa un control sobre los aspectos técnicos del programa OMT, garantizando así un control judicial intenso, pero principalmente centrado en aspectos procedimentales.

En cuarto lugar, la sentencia confirma la amplia facultad del BCE a la hora de articular los medios más adecuados para alcanzar los fines que marca el Tratado, pero al mismo tiempo destaca la relevancia de las medidas de salvaguarda aplicadas por el BCE. Por tanto, la sentencia no reconoce la legalidad del programa OMT sin más, sino que declara su licitud debido a las condiciones y garantías introducidas por el BCE y dirigidas a evitar que el programa pudiera constituir una medida de política monetaria o una medida de financiación monetaria. Por tanto, las futuras intervenciones del BCE en el mercado secundario de deuda pública deberán estar revestidas de garantías equivalentes, entre las que se encuentra el mantenimiento del llamado «periodo de embargo», el compromiso de suspensión de compras en caso de riesgo de incurrir en pérdidas, o la vinculación del programa al cumplimiento del programa de asistencia financiera. Todo ello contribuye a reforzar el papel puramente monetario de la medida, así como su incapacidad de convertirse en un medio de financiación monetaria directa de los Estados.

En quinto lugar, destaca el silencio de la sentencia al abordar una espinosa cuestión que estaba detalladamente expuesta en las conclusiones del Abogado General, sobre las que antes nos hemos detenido. El TJ hace caso omiso a las inquietudes suscitadas por algunos recurrentes en el proceso principal, según las cuales una participación activa del BCE en los programas de asistencia financiera, al mismo tiempo que una intervención a través del programa OMT, constituía una medida de política económica. El Abogado General compartió este criterio, pero el TJ pareció rechazarlo, al menos tácitamente. Es cierto que el auto de planteamiento se refería a esta cuestión de forma tangencial, pero los términos en que había sido abordada en las conclusiones del Abogado General permiten entender que, en opinión del TJ, la participación del BCE en las llamadas *troikas* no plantea problemas de constitucionalidad²⁰.

19. Sentencia *Gauweiler*, apartados 66 a 92. En este sentido, véase FABBRINI, F., «After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States», *German Law Journal*, vol. 16, 4, pp. 1008 y ss.

20. Sobre esta cuestión, véase el análisis crítico de JOERGES, C., «Pereat Iustitia, Fiat Mundus: What is Left of the European Economic Constitution after the *Gauweiler* Litigation?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23, 2016, pp. 104 y ss.

Esta conclusión sigue resultando problemática, pues el problema sigue estando latente. Prueba de ellos es que el BCE sigue siendo objeto de una auténtica ofensiva judicial de inversores, dirigida a imputar a la institución su responsabilidad en las pérdidas sufridas como resultado del programa de asistencia financiera a Chipre²¹. Es cierto que estos litigios no cuestionan el papel del BCE en el marco de la troika, pero sí plantea el interrogante de la naturaleza jurídica de las actuaciones del BCE en el marco de las negociaciones de un programa de asistencia financiera. Como es sabido, el BCE es oído y participa en las reuniones negociadoras, quedando la decisión final en manos del Consejo. Un escenario muy similar al previsto en la ejecución de programas de asistencia financiera, donde la Comisión, el FMI y el BCE realizan la supervisión y, con posterioridad, el Consejo determina las consecuencias del nivel de cumplimiento. El asunto *Gauweiler* brindaba al TJ una oportunidad dorada para abordar esta cuestión y aclarar la confusa naturaleza de las actuaciones del BCE en el marco de actuaciones enormemente relevantes, pero de dudosa calificación jurídica.

Finalmente, la sentencia *Gauweiler* aporta una interesante visión del papel del BCE que contribuye a disipar varias dudas surgidas en algunos Estados miembros. Como habían destacado los recurrentes en el proceso principal, el programa OMT podría exponer al BCE a un riesgo de insolvencia que sólo sería solventado mediante una ulterior recapitalización de la Institución con cargo a los presupuestos de los Estados de la zona euro. Este riesgo convertiría el programa OMT en una suerte de medio indirecto de mutualización de la deuda de un Estado que, además, contribuiría a alterar el mercado secundario de deuda pública. Pues bien, el TJ rechazó por completo esta concepción del programa y del papel del BCE (y de los Estados miembros) en el caso hipotético de sufrir pérdidas. El TJ destaca muy claramente que la actuación de todo banco central conlleva, por su propia naturaleza, la asunción de riesgos²². De lo contrario un banco central no podría operar jamás en el mercado, pues las intervenciones en los mercados financieros sin riesgo alguno no existen. En la medida en que el BCE adopte las salvaguardas necesarias para asegurarse que un programa como OMT no aboca inevitablemente a la Institución a un escenario de insolvencia, dicha actuación, en opinión del TJ, tiene encaje con los Tratados.

De hecho, el BCE ha adoptado un nuevo programa de intervención en los mercados secundarios de deuda pública (Extended Asset Purchase Programme, APP), muy superior en ambición al programa OMT, sin que haya suscitado la misma ferocidad litigiosa. Es cierto que el nuevo programa entró en funcionamiento pocos días después de conocerse las conclusiones del Abogado General, y que el planteamiento de éste fue ampliamente seguido por el TJ. Este desenlace podría indicar que cualquier intento de prolongar la litigación suscitada por el programa OMT estaría condenada al fracaso. Sin embargo, también hay que destacar que las características

21. Véase, por ejemplo, el asunto pendiente de sentencia ante el Tribunal de Justicia, remitido a la Gran Sala del tribunal, en los asuntos *Ledra Advertising / Comisión y otros* (C-8/15 P, C-10/15 P y C-9/15 P).

22. Sentencia *Gauweiler*, apartados 108 y 109.

del APP son diferentes a las presentadas por el programa OMT, hasta el punto de que existe únicamente una mutualización parcial de la responsabilidad incurrida por las pérdidas que se puedan sufrir. Asimismo, el objetivo del APP no es la normalización de los diferenciales entre los tipos de interés exigidos a los Estados miembros, sino combatir la deflación, un objetivo que entra más directamente en el mandato del BCE, cual es, de forma principal, garantizar la estabilidad de precios. Por tanto, no sólo la sentencia OMT indica que el programa APP cumpliría con las exigencias del Tratado, sino también que sus propias características, más cercanas a la dinámica convencional del BCE, abogarían en favor de su legalidad.

A modo de conclusión, la sentencia *Gauweiler* confirma la relevancia de que los tribunales constitucionales nacionales cooperen activamente con los tribunales europeos, especialmente a la hora de resolver cuestiones fundamentales para el funcionamiento de la Unión Europea. Por mucho que las Constituciones nacionales puedan servir en ocasiones excepcionales como parámetro de control de determinadas decisiones de la Unión Europea, los tribunales constitucionales no pueden actuar unilateralmente, sin atención al contexto europeo en el que adoptan sus decisiones²³. El hecho de que el Tribunal Constitucional Federal alemán planteara la cuestión prejudicial en el asunto *Gauweiler*, la primera en su historia, confirma que esta jurisdicción ha aceptado finalmente las reglas del sistema judicial europeo. Queda por ver si en la sentencia que dé respuesta a la sentencia de Luxemburgo el alto tribunal alemán se atendrá a lo dispuesto por su homólogo europeo. El principio de cooperación leal, consagrado en los Tratados de la Unión, pero también en la Constitución alemana, nos debería llevar a la conclusión de que así lo hará.

23. Véase HINAREJOS, A., «The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective», *Oxford University Press*, 2015, pp. 104 y ss.