

EL CONTROL *ULTRA VIRES* DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL ALEMÁN. COMENTARIO DE LA
DECISIÓN DE 06.07.2010 (2 BVR 2661/06, *HONEYWELL*)

JUSTO CORTI VARELA
JAVIER PORRAS BELARRA
CARMEN ROMÁN VACA*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EVOLUCIÓN DE LAS DECISIONES EN MATERIA DE DERECHO EUROPEO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN.
- III. HECHOS Y ANTECEDENTES.
 1. FUNDAMENTOS DE HECHO EN *HONEYWELL*.
 2. LA IMPORTANCIA DEL ASUNTO *MANGOLD*.
 3. LA APLICACIÓN DE *MANGOLD* EN EL ASUNTO *HONEYWELL*.
- IV. LOS REQUISITOS DEL CONTROL *ULTRA VIRES*.
 1. EL REQUISITO DE FONDO: VIOLACIÓN *SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA* DEL PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.
 2. LOS REQUISITOS PROCEDIMENTALES: LA NECESARIA COLABORACIÓN ENTRE JUECES CONSTITUCIONALES.
- V. CONSIDERACIONES FINALES.

* Justo Corti Varela, Profesor Colaborador Doctor e Investigador del Instituto de Estudios Europeos, Universidad CEU San Pablo, Madrid, España.

Javier Porras Belarra, Becario FPI e Investigador del Instituto de Estudios Europeos, Universidad CEU San Pablo, Madrid, España.

Carmen Román Vaca, Doctoranda en Estudios Europeos e Investigadora del Instituto de Estudios Europeos, Universidad CEU San Pablo, Madrid, España

Los autores desean agradecer a Giuseppe Martinico por sus comentarios y sugerencias realizados durante la redacción de este artículo.

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre el *Bundesverfassungsgericht* y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE o TJ) ha sido complicada desde los comienzos de la integración europea. Si bien el TJUE ha construido y repetidamente reafirmado el principio de primacía del Derecho de la UE¹ sobre el ordenamiento jurídico de los Estados miembros (incluido el Derecho constitucional²); paralelamente el Tribunal Constitucional (TC) Alemán ha sido especialmente prolijo reafirmando su poder para realizar controles sobre los actos de la UE.

A lo largo de la jurisprudencia del TC Alemán pueden distinguirse tres tipos de controles de actos comunitarios³. Según el primero, presente en las sentencias *Solange I*⁴ y *II*⁵, reclamó competencia para revisar si el Derecho Europeo era compatible con el estándar de protección de derechos fundamentales de la Constitución alemana (*control de derechos fundamentales*). En la sentencia *Maastricht*⁶ se atribuyó la competencia para decidir si los actos de la UE están o no bajo el paraguas de las competencias transferidas en virtud de los tratados (*control ultra vires*). Finalmente en la sentencia *Lisboa*⁷, se introdujo la posibilidad de controlar si los actos comunitarios eran compatibles con la identidad constitucional alemana (*control de identidad constitucional*). Sin embargo, hasta la fecha ninguna sentencia del TC Alemán ha llegado a declarar inaplicable un acto de la UE por no superar uno de estos controles.

Después de una sentencia muy celosa de la protección de la soberanía nacional, como fue *Lisboa*, se esperaba con gran ansiedad la decisión *Ho-*

¹ Sentencia de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, C- 6/64, *Rec.* p. 99.

² Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C- 11/70, *Rec.* p. 1125.

³ PAYANDEH, M., «Constitutional review of EU Law after Honeywell: Contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU court of Justice», *CMLR* 48: 9-38, 2011, esp. p. 1 y ss.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 29 de mayo de 1974 (*Solange I*), publicada en el *BVerfGE* 37, 271; asunto 2 *BvL* 52/71.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986 (*Solange II*), publicada en el *BVerfGE* 73, 339; asunto 2 *BvR* 197/83.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de octubre de 1993 (*Maastricht*), publicada en el *BVerfGE* 89, 155; asuntos 2 *BvR* 2134/92 y 2159/92.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30 de junio de 2009 (*Lisboa*), publicada en el *BVerfGE* 123, 267; asuntos 2 *BvE* 2/08, 5/08, 1010/08, 1022/08, 1259/08 y 182/09.

*neywell*⁸ para comprobar si finalmente el TC Alemán declararía inaplicable un acto de la Unión. Además, *Honeywell*, tanto por razones de temporalidad (ambos casos se tramitaron paralelamente), como de autoría (tanto uno como otro fueron decididos por la Sala Segunda y contaron con el mismo juez ponente – U. Di Fabio) hacía suponer que hubiese cierta continuidad con respecto a la sentencia *Lisboa*. Sin embargo, tal como veremos a continuación, sin llegar a contradecir la sentencia *Lisboa*, el TC Alemán ha matizado mucho su doctrina en *Honeywell*⁹.

Ahora que ha pasado ya un tiempo desde la publicación de esta última decisión, y podemos incluso compararla con la sentencia sobre el rescate a Grecia¹⁰, creemos oportuno analizar la decisión *Honeywell* y las razones por las cuales se podría explicar un cambio de tono entre esta y la decisión *Lisboa*. Después de una breve introducción (I), delimitaremos el contexto de la sentencia *Honeywell* a través de una sucinta descripción de la evolución de la jurisprudencia del TC Alemán en relación con Derecho Europeo (II). A continuación analizaremos los hechos de la sentencia en cuestión y su relación con la sentencia *Mangold* del TJUE que es, en definitiva, el acto de la Unión que revisa el TC Alemán (III). Seguidamente estudiaremos los requisitos del control *ultra vires* desarrollados en la sentencia *Honeywell* y en especial las condiciones que se deberían cumplir para que el TC Alemán debiera plantear una cuestión prejudicial (IV). Finalmente se incluirán unas consideraciones finales a modo de conclusiones (V).

II. EVOLUCIÓN DE LAS DECISIONES EN MATERIA DE DERECHO EUROPEO DEL TC ALEMÁN

En 1974, en la conocida sentencia *Solange I*, el *Bundesverfassungsgericht* declaró tener la competencia para revisar si el Derecho Comunitario era compatible con los derechos fundamentales, tal y como son garan-

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 6 de julio de 2010 (*Honeywell*), 2 BVerfGE 2661/06.

⁹ Existió, sin embargo, un voto particular, el del juez Landau, en el que se reafirman las nociones más euro-escépticas de la sentencia *Lisboa*. Para un resumen de este voto particular ver MÖLLERS, Ch., «German Federal Constitutional Court: constitutional *Ultra Vires* Review of European Acts Only Under Exceptional Circumstances; Decision of 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*», *European Constitutional Law Review*, núm. 7, 2011, pp. 161-167, esp. p. 166.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 7 de septiembre de 2011 (*Greek rescue*), asunto 2 BvR 987/10.

tizados por la Constitución alemana¹¹. Esta declaración fue matizada en 1986 en una segunda sentencia, *Solange II*¹², en la que el Tribunal constitucional especificó que no ejercería tal revisión «en tanto en cuanto» la UE, y el Tribunal de Justicia en particular, protegieran los derechos fundamentales al mismo nivel que exige la Ley Fundamental de Bonn, como hasta entonces había hecho.

En su sentencia *Maastricht* de 1993, el *Bundesverfassungsgericht* enfatizó su papel como jurisdicción de revisión del Derecho Europeo. En *Maastricht* el TC Alemán declara por primera vez que revisaría directamente¹³ los actos de la UE para controlar si estos no sobrepasaban las competencias transferidas a la UE, es decir, el Constitucional se arrogaba el poder de «control *ultra vires*» de los actos de la UE.

Conectando con la «saga Solange» y en lo que concierne a los derechos fundamentales, en *Maastricht* el TC Alemán determinó que se encargaría de revisar con mayor detalle si los actos de la UE no violaban las exigencias de respeto a los derechos fundamentales¹⁴ de la Constitución alemana. Sin embargo, en el caso *Banana Market*¹⁵ que siguió a *Maastricht*, el Constitucional como ya hiciera en *Solange II*, vuelve a matizar su poder de revisión, declarando que sólo podría admitirse tal revisión si se justificaba suficientemente que no existía un nivel adecuado de protección de los derechos fundamentales en la UE¹⁶.

Vemos en este repaso rápido de la jurisprudencia del TC Alemán, que si bien este ha afirmado de forma repetida su papel de último garante de la aplicación del Derecho Europeo, cuando el Constitucional ha tenido la oportunidad de poner en práctica la capacidad de revisión del Derecho Comunitario, las condiciones que él mismo ha determinado han sido tan restrictivas que tal examen ha devenido imposible en la práctica. Esto le ha valido al TC Alemán el calificativo de «Dog that Barks but does not Bite»¹⁷. Si bien la contienda dialéctica entre Karlsruhe y Luxemburgo ha

¹¹ Sentencia *Solange I*, *op. cit.* nota 4, apartado 271.

¹² Sentencia *Solange II*, *op. cit.* nota 5, apartado 339.

¹³ Sentencia *Maastricht*, *op. cit.* nota 6, apartado 155.

¹⁴ PAYANDEH, M., «Constitutional review of EU law after Honeywell...», *loc. cit.*, nota 3, p. 13.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 7 de junio de 2000, BVerfGE 102 (*Banana Market*).

¹⁶ *Ibid.*, apartado 147.

¹⁷ La traducción sería: «Perro ladrador poco mordedor» en WEILER, J. H. H., «Editorial. The 'Lisbon Urteil' and the Fast Food Culture», *European Journal of International*

sido vivaz, la tensión nunca se ha transformado en conflicto abierto. El resultado ha sido el mantenimiento de un sutil equilibrio que, a su vez, ha favorecido el enriquecimiento mutuo de los ordenamientos jurídicos respectivos¹⁸.

Sin embargo, el 30 de junio de 2009 el pronunciamiento por el Tribunal Constitucional alemán en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa hizo presagiar la ruptura de este equilibrio aludido. En *Maastricht* el TC Alemán ya había puesto su atención en las garantías institucionales relativas a la atribución de competencias y la legitimidad democrática de la Unión¹⁹. La sentencia *Lisboa* entronca con esta doctrina y en este sentido es continuación de la sentencia *Maastricht*, separándose de la jurisprudencia *Solange*. En *Lisboa* el TC Alemán reafirma su papel como última jurisdicción para revisar si las instituciones europeas actúan dentro de los límites de sus competencias.

La sentencia *Lisboa* ha sido calificada por algunos como una decisión tremendista²⁰, con un estilo propio de un manual para euroescépticos²¹. Con un lenguaje decidido y prolijo, en líneas generales es vista como un freno a la integración.

Lo controvertido de la sentencia es concisamente resumido por el Prof. Pernice en tres puntos. En primer lugar el Tribunal enumera una serie de «*sensitive taboo-areas*»²² que sólo podrán desarrollarse en políticas europeas

Law, Vol. 20, n.º 3, 2009, p. 505. También cita la expresión SCHÖNBERGER, C., «Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea», *German Law Journal*, n.º 10, 2009, pp. 1201-1218, esp. p. 1201.

¹⁸ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Órdago del Tribunal Constitucional Alemán al Proceso de Integración Europea (algo más que una Sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)», *REAF*, núm. 13, 2011, p. 97-145, p. 100.

¹⁹ KIVER, P., «The Lisbon Judgment of the German Constitutional Court: A Court-Ordered Strengthening of the National Legislature in the EU», *European Law Journal*, Vol. 16, n.º 5, 2010, pp. 578-588, p. 580.

²⁰ BOBES SÁNCHEZ, M. J., «La integración europea según el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario a la Sentencia del BVerfG sobre el Tratado de Lisboa», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 33, 2003, pp. 157-186, p. 163.

²¹ MÖLLERS, Ch., «German Federal Constitutional Court...», *loc. cit.* nota 9, p. 162. En el mismo sentido, CASTILLO DE LA TORRE, F., «La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30.06.2009, relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa-Análisis y Comentarios», *Revista de Derecho Comunitario Europeo - RDCE*, núm. 34, Madrid, septiembre-diciembre 2009, 969-1010, p. 1008.

²² PERNICE, I., «Motor or Brake for European Policies? Germany's New Role in the EU after the Lisbon-Judgment of its Federal Constitutional Court», *Documento de Trabajo*

de forma muy restrictiva y determina «*red-lights*»²³ para futuros avances en la integración europea. El Tribunal determina además que la cláusula de flexibilidad del artículo 352 TFUE y las cláusulas pasarelas establecidas en el Tratado de Lisboa necesitarán para ser usadas de autorización previa, esto es, ratificación formal bajo el artículo 23 (1) del *Grundgesetz* alemán o, al menos, una decisión habilitante por parte del *Bundestag*. En tercer lugar, el Tribunal Constitucional alemán retoma el poder de «control *ultra vires*» del Derecho de la UE, es decir, el poder de revisar si una medida europea, o la legislación nacional que autoriza tal medida, se ajusta a las competencias que han sido cedidas a la Unión, sin excederlas. Aquí además el Tribunal introduce el respeto a la identidad nacional como un estándar adicional de control.

La soberanía nacional tiene un papel central en esta sentencia²⁴, lo cual ha sido interpretado como un cambio de paradigma²⁵ con respecto a la jurisprudencia anterior del mismo Tribunal. Si bien el Preámbulo de la *Grundgesetz* requiere de avances como el que representa el Tratado de Lisboa²⁶, el Tribunal alemán se posiciona firmemente en la sentencia *Lisboa* como guardián de la soberanía alemana, entendida ésta en el sentido más clásico del término, es decir los Estados como *Herren der Verträge*, con el posible efecto de limitar o frenar el proceso de integración europea. En palabras de Fernando Castillo de la Torre: «los jueces de Karlsruhe parecen olvidar que la integración europea no es algo nuevo, sino que está en marcha desde hace decenios y que existen ejemplos, como el de la política monetaria, en que la UE ya ha afectado de manera significativa a competencias que se consideraban tradicionalmente como el núcleo duro de la soberanía»²⁷.

del Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo, Serie Unión Europea, núm. 39/2011, 2011, p. 7-15.

²³ *Ibid.* pp. 15-18.

²⁴ En este sentido vid., CASTILLO DE LA TORRE, F., «La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30.06.2009...», *RDCE loc. cit.*, nota 21, p. 1001; y THYM, D., «In the name of the Sovereign Statehood: a Critical Introduction to the Lisbon Judgement of the German Constitutional Court», *Common Market Law Review*, 46, 2009, pp. 1795-1822, esp. p. 1797. Este último autor va aún más lejos considerando la soberanía nacional como «*leitmotiv*» de la sentencia.

²⁵ KOKOTT, J., «The Basic Law at 60-From 1949 to 2009: The Basic Law and Supranational Integration», *German Law Journal*, Vol. 11, n.º 01, pp. 99-114, esp. p. 99.

²⁶ PERNICE, I., «Motor or Brake for European Policies...», *loc. cit.*, nota 22, p. 6.

²⁷ CASTILLO DE LA TORRE, F., «La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30.06.2009...», *RDCE loc. cit.*, nota 21, p. 1001.

Pueden señalarse diferentes motivos para explicar este cambio. El hecho de que el TC Alemán enfatice su papel como guardián de la soberanía alemana puede ser interpretado como reacción al éxito y extensión de la integración europea, por una parte, y al crecimiento importante de Alemania dentro de esa Unión en un mundo cada vez más interconectado, por otra²⁸. Otra explicación plausible es la reacción del Constitucional a un contexto en el que siente que su influencia se ve disminuida debido a la reciente ampliación de la Unión²⁹.

Aunque el balance entre integración y soberanía nacional, a tenor de la literalidad de la sentencia *Lisboa*, parece romperse a favor de la segunda, no es tan evidente que las consecuencias en la práctica del pronunciamiento del Tribunal constitucional en *Lisboa* vayan a llevar a la ruptura del equilibrio. Basta señalar como ejemplo que se recuerda en la sentencia el «principio de la apertura al Derecho Europeo» o *Europarechtsfreundlichkeit*³⁰ establecido en la Constitución alemana y que la aplicación de la doctrina de *Lisboa* no impidió la ratificación final del Tratado, lo que hubiera supuesto un freno a la integración.

Además, tras la decisión *Lisboa*, en el caso conocido como *Data Retention*³¹, el TC Alemán mencionó por primera vez la posibilidad de hacer uso de la cuestión prejudicial, opción que abriría la puerta al diálogo judicial y que atemperaría cualquier posibilidad de conflicto, tal como ya han hecho otros tribunales constitucionales³². Sin embargo en esta sentencia el

²⁸ KOKOTT, J., «The Basic Law at 60-From 1949 to 2009...», *loc. cit.*, nota 25, p. 99.

²⁹ THYM, D., «In the Name of the Sovereign Statehood...», *loc. cit.*, nota 24, p. 1797.

³⁰ Sentencia *Lisboa*, *op. cit.*, nota 7, apartado 225.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 2 de marzo de 2010 (*Data Retention*), asuntos 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 y 1 BvR 586/08.

³² Ya lo han hecho el Tribunal Constitucional Austriaco, (Sentencia de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH c. Finanzlandesdirektion für Kärnten*, C-143/99, Rec. P. I-08365; Sentencia 20 de mayo de 2003, *Rechnungshof c. Österreichischer Rundfunk*, y otros y entre *Christa Neukomm, Joseph Lauerermann y Österreichischer Rundfunk*, acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01, Rec. P. I-04989; Sentencia de 8 de mayo de 2003, *Wählergruppe «Gemeinsam Zajedno/Birlikte Alternative und Grüne GewerkschafterInnen/UG» c. Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit*, C-171/01, Rec. p. I-04301) la *Cour d'arbitrage* y actual *Cour Constitutionnelle* Belga (Sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, C-303/05, Rec. p. I-03633; Sentencia de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros c. Conseil des ministres*, C-305/05, Rec. p. I-05305; Sentencia de 1 de abril de 2008, *Gobierno de la Communauté française y Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, C-212/06, Rec. p. I-01683; Sentencia de 13 de abril de

Constitucional alemán dejó sin aclarar si en caso de haber encontrado que la directiva puesta en cuestión (la Directiva 2006/24/CE de Conservación de Datos³³) violaba el Derecho constitucional alemán, el TC hubiera efectivamente planteado la cuestión prejudicial.

Ni una semana después del pronunciamiento de la sentencia *Lisboa*, los profesores Gerke, Rieble, Roth, Stein y Streinz publicaron una nota manifestando que una reciente sentencia pronunciada por el TJUE, la sentencia *Mangold*³⁴, traspasaba los límites de las competencias europeas. Es decir, que era un acto «*ultra vires*» y por tanto no aplicable en Alemania³⁵. La sentencia *Honeywell* que analizamos en este trabajo está directamente relacionada con este pronunciamiento del TJUE en *Mangold*. En concreto, en *Honeywell* el TC Alemán decide sobre un recurso de amparo planteado por la empresa Honeywell contra una sentencia del Tribunal Laboral de 26 de abril de 2006 en la que este había aplicado la jurisprudencia *Mangold* del TJUE.

Honeywell se convierte así en el primer asunto en que el Tribunal Constitucional Alemán tiene la posibilidad de poner en práctica las conclusiones doctrinales expresadas en la sentencia *Lisboa*. *Honeywell* está relacionada con *Lisboa*, como *Banana Market* lo estaba con *Maastricht* y anteriormente *Solange II* con *Solange I*. Pero *Lisboa*, a diferencia de la jurisprudencia anterior, representó como hemos señalado un «ladrido» del

2010, *Nicolas Bressol y otros y Céline Chaverot y otros c. Gouvernement de la Communauté française*, C-73/08, DO C 148 de 5.6.2010, p. 3/3; Sentencia de 21 de octubre de 2010, *I.B. C-306/09*, DO C 346 de 18.12.2010, p. 16/17), la *Corte Costituzionale Italiana* (Sentencia de 17 de noviembre de 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, C-169/08, *Rec. p. I-10821*, comentada por DI COMITE V. en este n.º 40 *RDCE*); el Tribunal Constitucional Lituanio (Sentencia de 9 de octubre de 2008, *Julius Sabatauskas y otros*, C-239/07, *Rec. p. I-07523*); y el Tribunal Constitucional Español (Auto 86/2011 del Pleno del Tribunal Constitucional Español de 9 de junio de 2011 en el asunto 6922-2008 - Recurso de amparo de don Stefano Melloni, pendiente de resolución ante el TJUE).

³³ Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, DO n.º L 105 de 13/04/2006 p. 0054-0063.

³⁴ Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, C-144/04, *Rec. p. I-09981*.

³⁵ GERKE, L., RIEBLE, V., ROTH, G. H., STEIN, T., STREINZ, R., *Mangold als ausbrechender Rechtsakt*, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2009. Disponible en: <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=530&show>

TC Alemán más feroz que de costumbre (utilizando el símil del Prof. Weiler³⁶).

Veremos a continuación si *Honeywell* representa el primer «mordisco» del Constitucional o la continuación de la línea jurisprudencial mantenida hasta ahora que, si bien beligerante en sus pronunciamientos, ha respetado en la práctica el equilibrio entre el Derecho nacional y el Derecho de la UE.

III. HECHOS Y ANTECEDENTES

1. FUNDAMENTOS DE HECHO EN *HONEYWELL*

Los hechos de la sentencia se remontan a 2003 cuando la empresa *Honeywell GmbH*³⁷, afincada en la región alemana de Schleswig-Holstein, procede a la contratación de cincuenta y seis nuevos empleados de más de 52 años para la sección de pastillas de freno. Dicha contratación se realizó para reforzar temporalmente la plantilla existente y en base a la «Ley de Contratación Laboral de duración determinada y duración indefinida» (en adelante *TzBfG* según sus siglas en alemán)³⁸.

El Derecho alemán, para promocionar el trabajo por tiempo indefinido, sólo permite los contratos por tiempo determinado bajo ciertas condiciones, en particular que exista una justificación objetiva de la temporalidad. Sin embargo el artículo 14³⁹ de la *TzBfG* autorizaba excepcionalmente a firmar contratos por tiempo determinado sin dicha justificación si los

³⁶ WEILER, J. H. H., «Editorial. The ‘Lisbon Urteil’...», *loc. cit.*, nota 17, p. 505.

³⁷ *Honeywell Co* es una multinacional americana de alta tecnología dedicada a la fabricación de piezas para las industrias aeroespacial, de la construcción, de la automoción, generación energía, química y electrónica. La filial alemana, *Honeywell GmbH*, está especializada en la fabricación de componentes de automóviles.

³⁸ *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge - TzBfG* (Ley Federal de 21 de diciembre de 2000), publicada en el *Bundesgesetzblatt - BGBl I* p. 1966.

³⁹ «(1) El contrato laboral de duración determinada se puede concluir si existen razones objetivas para hacerlo. [...] (2) El término del contrato de trabajo puede ser limitado, en ausencia de razones objetivas, para un período máximo de dos años, [...] El contrato laboral de duración determinada al que hace referencia el apartado (1) no será válido si ya existe con el mismo trabajador una relación laboral de carácter temporal o indefinida. (3) La celebración de un contrato de trabajo de duración determinada no requiere una justificación objetiva si el trabajador ya ha alcanzado la edad de 58 años en el momento en que comienza la relación laboral. No se permitirá una contratación de duración determinada si existe una relación estrecha con un contrato de trabajo anterior por tiempo indefinido celebrado con el mismo contratante. Se presume que existe una relación estrecha si el intervalo entre la celebración de dos contratos por el mismo contratante es inferior a seis meses.»

trabajadores tenían más de 58 años. El objeto de esta excepción era promover la contratación de personas desempleadas que estuviesen al final de su vida laboral, tratando de reducir las posibles barreras para su reinserción.

Poco después, el gobierno alemán decidió ampliar esta excepción para trabajadores de más de 52 años, aunque sólo para contratos firmados entre el 1 enero 2003 y el 31 diciembre 2006⁴⁰. Esta ampliación, por lo tanto, estaba vigente en el momento de la firma de los contratos de los trabajadores con Honeywell GmbH.

Es importante mencionar que la *TzBfG* era transposición de la Directiva 1999/70/CE que, a su vez, comunitarizaba el «Acuerdo Europeo sobre el Trabajo de Duración Determinada»⁴¹. El objetivo de este acuerdo era, entre otras cuestiones «mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación». Sin embargo la cláusula 4.1 del acuerdo permitía excepcionar dicho principio cuando existieran razones objetivas que justificaran un trato diferente.

Poco después se aprobó la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁴². Esta directiva tenía por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación en el empleo, entre otros, por motivos de edad (artículo 1). En su artículo 6, no obstante, se preveía la posibilidad de fijar excepciones a la prohibición de no discriminación por motivos de edad cuando éstas estuvieran «justificadas objetiva y razonablemente, en

⁴⁰ Se agregó al final del art. 14.3: «Hasta el 31 de diciembre de 2006 la primera frase hará referencia a los 52 años en lugar de 58». Esta frase fue introducida por la *Gesetz für moderne Erstes Dienstleistungen Arbeitsmarkt am*, («Ley de servicios modernos en el mercado laboral» o ley «Hartz») del 23 de diciembre 2002. Publicada en el *Bundesgesetzblatt – BGBl I*, p. 4607.

⁴¹ Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. *DO* n.º L 175 de 10/07/1999 p. 0043-0048. Esta Directiva tenía por objeto poner en práctica el Acuerdo Marco entre la Unión de confederaciones de la industria Europea (UNICE), el Centro Europeo de la empresa Pública (CEEP) y la Confederación europea de Sindicatos (CES) sobre los contratos de duración determinada.

⁴² Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. *DO* n.º L 303 de 02/12/2000 p. 0016-0022. El principio de igualdad de trato se define como la prohibición de ciertos tipos de discriminación directa o indirecta (artículo 2). El campo de aplicación de la Directiva cubre en particular el empleo y las condiciones de trabajo en un Estado miembro, independientemente de la existencia de una conexión transfronteriza (artículo 3).

el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios».

Como puede verse, la prohibición de no discriminación por razón de edad, así como las condiciones para su excepción, están mucho más desarrolladas en la Directiva 2000/78/CE que en la Directiva 1999/70/CE. Sin embargo, en el momento de los hechos no había vencido el plazo de transposición de la Directiva 2000/78/CE. Ésta fijaba un plazo de transposición prolongado (3 años) que vencía el 2 de diciembre de 2003, es decir varios meses después de la firma de los contratos de Honeywell GmbH. Es más, respecto a las diferencias de trato por motivos de edad, la Directiva autorizaba a los Estados miembros a contar con un período adicional de tres años, posibilidad a la cual se acogió la República Federal de Alemania.

A comienzos de 2004, poco antes de que venciesen los contratos anuales, 19 empleados de Honeywell GmbH que habían alcanzado los 52 años plantearon la ilegalidad de la temporalidad recogida en el contrato, y por lo tanto su transformación automática en contratos por tiempo indefinido. El argumento principal para tal alegación era que el artículo 14 de la *TzBfG* contradecía el Derecho Comunitario, en particular en lo relativo a la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad.

En primera instancia el Tribunal Laboral de Lübeck en su sentencia de 11 de marzo de 2004 rechazó la demanda afirmando que los trabajadores no podían invocar un efecto directo de las directivas entre particulares (efecto directo horizontal)⁴³. Los trabajadores apelaron al Tribunal Superior de Trabajo de Schleswig-Holstein, el cual, como su predecesor, reiteró en su sentencia de 22 de junio de 2004 la imposibilidad de aplicar las

⁴³ Desde la Sentencia *Marshall* (Sentencia de 26 de febrero de 1986, *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, 152/84, *Rec.* p. 00723), por cierto también un caso de discriminación laboral aunque no por razón de edad sino de sexo, el TJUE ha venido reafirmando su doctrina sobre la inexistencia de efecto directo horizontal de las directivas. Es verdad que existen casos dudosos, como por ejemplo *Cia Securities* (Sentencia de 30 de abril de 1996, *CIA Security International SA c. Signalson SA y Securitel SPRL*, C-194/94, *Rec.* p. I-2201) o *Unilever* (Sentencia de 26 de septiembre de 2000, *Unilever Italia SpA c. Central Food SpA*, C-443/98, *Rec.* p. I-7535) aunque en estos supuestos más que reconocer el efecto directo de una directiva lo que hace el TJUE es reconocer el derecho de un particular para invocar frente a otro particular una disposición de una directiva para inaplicar una ley nacional que le perjudica (también llamado «efecto de exclusión»).

directivas a las relaciones de Derecho privado y, a su vez, hizo especial referencia a que no había vencido el período de transposición de la Directiva 2000/78/CE en el momento en que se dieron los hechos. Los trabajadores no se conformaron con la sentencia, recurriendo la misma ante el Tribunal Federal de Trabajo.

2. LA IMPORTANCIA DEL ASUNTO *MANGOLD*

Entre tanto, en el TJUE se estaba tramitando el asunto *Mangold*⁴⁴ cuyos hechos eran muy similares a los de *Honeywell*. En junio de 2003, el Sr. Mangold, de 56 años de edad, celebró un contrato de trabajo por un plazo de 8 meses con el Sr. Helm. La temporalidad de dicho contrato se justificaba únicamente en el artículo 14.3 de la *TzBfG* incluyéndose en la cláusula 5 una aclaración al respecto⁴⁵.

El Sr. Mangold, afirmando que el artículo 14.3 de la *TzBfG* era contrario a las Directivas 1999/70/CE y 2000/78/CE, recurrió a los Tribunales de Munich, quienes plantearon cuestión prejudicial ante el TJUE.

En la sentencia *Mangold* el TJUE declaró que el artículo 14.3 de la *TzBfG* era incompatible con el Derecho Comunitario. El TJUE entendió que autorizar contratos de trabajo de duración determinada con trabajadores de más de 52 años sin someterlos a mayores condiciones, por ejemplo sin exigir que estos estuviesen previamente en situación de desempleo, si bien estaba dentro del margen de maniobra que daba la Directiva 1999/70/CE, no cumplía los requisitos del artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE y, además, contravenía el principio general de no discriminación por razón de edad.

Esta interpretación entraña, sin embargo, dos elementos controvertidos⁴⁶ que van a ser claves en la sentencia *Honeywell*: el reconocimiento anticipa-

⁴⁴ Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, C-144/04, *Rec.* p. I-09981.

⁴⁵ «Las partes coinciden en que la citada razón [art. 14.3] de la *TzBfG* es la única que justifica el pacto de duración determinada del presente contrato. Se excluye expresamente la existencia de otras razones que justifiquen la celebración de contratos de duración determinada, admitidas, en principio, por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia.»

⁴⁶ Seguramente la crítica más dura fue la pronunciada por el antiguo presidente del gobierno y del Tribunal Constitucional Alemán Roman Herzog poco después de la sentencia *Mangold*, en la cual acusaba al TJUE no solo de extralimitarse en las competencias comunitarias sino incluso de arrogarse poderes legislativos, violando principios democráticos de división de poderes. HERZOG, R., GERMEN, L., «Stop the European Court of Justice»

do de efectos jurídicos de la Directiva 2000/78/CE, los cuales a su vez se aplican a una relación jurídica horizontal; y el reconocimiento de un principio general del Derecho Comunitario que hasta la fecha sólo se encontraba en textos sin fuerza jurídica⁴⁷ o en actos de Derecho derivado en período de transposición⁴⁸.

En primer lugar, el TJUE basa gran parte de su argumentación en la Directiva 2000/78/CE, cuyo plazo de transposición no había finalizado aun. Para justificar el empleo de esta directiva se remite a su jurisprudencia anterior referente al deber de *stand-still*⁴⁹, según el cual una ley nacional aprobada durante el periodo de transposición de una directiva no es aplicable si su contenido es contrario al objetivo de la misma⁵⁰. Sin embargo, cabe preguntarse si el artículo 14.3 era claramente contrario a la Directiva 2000/78/CE o simplemente no había explicado si se cumplían las condiciones del artículo 6. Si esto fuese así, tal vez a través de la interpretación conforme⁵¹, es decir interpretando el artículo 14.3 a la luz de la Directiva 2000/78/CE, se hubiese podido salvar la situación sin tener que declararlo contrario al Derecho Comunitario.

En segundo término, además, si bien el TJUE no habla de efecto directo de la Directiva 2000/78/CE sino de no actuar en contra de ésta, en la práctica se le está reconociendo un cierto efecto jurídico en un caso entre particulares, es decir un cierto efecto directo horizontal. También en este

Frankfurter Allgemeine Zeitung, 8 de Septiembre de 2008. Una versión en inglés puede consultarse en la web del Centre for European Policy: www.cep.eu. Para una crítica más relajada, que incluso trata de justificar al TJUE en ésta y otras decisiones controvertidas resueltas a través de la aplicación de principios generales (por ejemplo *Karner y Carpenter*) ver HATZOPOULOS, V., «Why the Open Method of Coordination is bad for you: a letter to the EU», *European Law Journal*, 13(3), 2007, pp. 309-342, esp. p. 334-337.

⁴⁷ Dicho principio podía derivarse del art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, aunque a ese entonces (antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) la misma no era jurídicamente vinculante.

⁴⁸ La propia Directiva 2000/78/CE.

⁴⁹ Ver particularmente Sentencia de 18 de diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c. Région wallonne*, C-129/96, *Rec.* p. I-07411, apartado 45.

⁵⁰ Ello se fundamenta en el principio de lealtad de los Estados miembros: Artículo 4.3 (3) del TUE y artículo 288.3 del TFUE.

⁵¹ Ver particularmente Sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing SA c. La Comercial Internacional de Alimentación SA*, C-106/89, *Rec.* p. I-04135 y las posteriores Sentencias de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, C 397/01 a C 403/01, *Rec.* p. I 8835, apartado 114; de 23 de abril de 2009, *Angelidaki y otros*, C 378/07 a C 380/07, *Rec.* p. I 3071, apartados 197 y 198; de 19 de enero de 2010, *Küçükdeveci*, C 555/07, *Rec.* p. I 365, apartado 48; y de 24 de enero de 2012, *Maribel Domínguez*, no publicada, apartados 23-31.

caso, tal como ocurrió por ejemplo en *Harz*⁵², se podría haber salvado el escollo a través de la interpretación conforme.

En tercer lugar, el TJUE declara un nuevo principio general de Derecho comunitario, el de no discriminación por razón de edad. Para declarar dicho principio el TJUE se apoya esencialmente en dos argumentos: el artículo 13.1 del TCE (hoy artículo 19.1 del TFUE⁵³), base jurídica de la Directiva 2000/78/CE; y los considerandos 1 y 4 de la propia Directiva 2000/78/CE.

En cuanto al artículo 13.1 del TCE, si bien este faculta al Consejo para adoptar disposiciones en el ámbito competencial de la Unión, entre otros asuntos, para combatir la discriminación por motivos de edad, esta disposición no recoge una prohibición de discriminación de manera efectiva y directa, por lo que es altamente controvertido que encierre un principio general de Derecho Comunitario.

Por su parte, en los considerandos 1 y 4 de la directiva se citan varios textos comunitarios e internacionales contra la discriminación, aunque ninguno de ellos menciona de manera específica la discriminación en razón de edad.

Finalmente, aunque no mencionado en la sentencia, el artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁴ sí que contiene una prohibición de la discriminación basada en la edad, aunque ésta todavía no era legalmente vinculante en el momento de publicarse *Mangold*⁵⁵.

Lo más llamativo es que el TJUE parece apoyar sus argumentaciones mutuamente, a modo de sofisma, debilitando la solidez de sus fundamentos. Reconoce efectos anticipados a la Directiva 2000/78/CE, incluso entre particulares, no sólo en virtud de la obligación de *stand still* sino también en razón de un principio general de Derecho Comunitario de no discrimi-

⁵² Ver Sentencia de 10 de abril de 1984, *Dorit Harz contra Deutsche Tradax GmbH*, 79/83, *Rec.* p. 01921.

⁵³ «Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

⁵⁴ «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

⁵⁵ Recordemos que no se puso en pie de igualdad jurídica con los Tratados hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009.

nación por razón de edad, nunca antes declarado por la jurisprudencia. Sin embargo a la hora de justificar el reconocimiento de dicho principio, se basa esencialmente en la propia Directiva 2000/78/CE o en remisiones que ella realiza, lo que algún autor llegó a calificar de «caballo de Troya»⁵⁶. Es decir, no explica los instrumentos internacionales y las tradiciones constitucionales comunes que justificarían la declaración del citado principio⁵⁷.

Mangold no puede considerarse una sentencia aislada. La cuestión de si la prohibición de discriminación por razón de edad se opone a una normativa nacional se plantea una vez más ante el TJUE en los asuntos *Palacios de la Villa*⁵⁸, *Bartsch*⁵⁹ y *Kücükdeveci*⁶⁰. En este último, y a pesar de que en este caso los vínculos entre la ley nacional y la directiva eran aun más indirectos que en el caso *Mangold*⁶¹, el TJUE confirmó que la prohibición de toda discriminación por razón de edad constituye un principio general del Derecho de la Unión, aunque esta vez basándose esencialmente en el artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales, una vez ésta hubiera obtenido fuerza vinculante en virtud del Tratado de Lisboa⁶².

⁵⁶ FONTANELLI, F., «Some reflections on the choices of the European Court of Justice in the *Kücükdeveci* preliminary ruling», *Perspectives on Federalism*, 2(1), 2010, p. 20.

⁵⁷ Esta deficiencia argumentativa es reconocida, entre otros, por el Abogado General Bot en la sentencia *Kücükdeveci*, apartado 77. Conclusiones del Abogado General Bot presentadas el 7 de julio de 2009, *Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07. Para un análisis profundo las repercusiones iniciales en la doctrina alemana, ver SCHMIDT, M., «The Principle of Non-discrimination, in respect of Age: Dimensions of the ECJ's *Mangold* Judgment», *German Law Journal*, 2005, 7, 5, pp. 505-524, esp. nota 4. Es más, según se deduce de estos textos sólo dos constituciones nacionales (la de Portugal y Finlandia) contendrían el principio.

⁵⁸ Sentencia de 16 de octubre de 2007, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios, S.A.*, C-411/05, *Rec. I*-08531.

⁵⁹ Sentencia de 23 de septiembre de 2008, *Birgit Bartsch c. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, C-427/06, *Rec. I*-7245.

⁶⁰ Sentencia *Kücükdeveci*, *op.cit.* nota 51.

⁶¹ THÜSING, G., HORLER, S., «Case note», *Common Market Law Review*, 47, 2010, pp. 1161-1172.

⁶² En una jurisprudencia más reciente, sin embargo, el TJUE parece tratar con más recelo la posibilidad de declarar principios generales en base a directivas protectoras de trabajadores. Por ejemplo en la reciente *Maribel Domínguez*, *op. cit.*, nota 51, el TJUE no sigue la recomendación del Abogado General Trstenjak, que abogaba por un reconocimiento de un principio general a vacaciones anuales deducido de la Directiva 2003/88, siguiendo un criterio más clásico de instar al juez nacional a adoptar una interpretación conforme (ver esp. apartados 23-31).

3. LA APLICACIÓN DE *MANGOLD* EN EL ASUNTO *HONEYWELL*

Volviendo al asunto *Honeywell*, teniendo especialmente en cuenta lo pronunciado por el TJUE en el asunto *Mangold*, en su sentencia de 26 de abril de 2006 el Tribunal Federal afirmó que el artículo 14.3 de la «Ley de Trabajo a Tiempo Parcial y Contratos a Término Fijo» no era compatible con el Derecho Comunitario, y por lo tanto no podía ser aplicada por los tribunales nacionales.

La incomodidad del ejecutivo alemán no se hizo esperar, concretamente el de la región más vinculada al conflicto. El gobierno de la región de Schleswig-Holstein dijo verse «sujeto» (pudiendo traducir el término original, *gebunden*, como «controlado») por el anuncio de la inaplicabilidad del artículo 14.3 de la «Ley de Trabajo a Tiempo Parcial y Contratos a Término Fijo».

Este malestar del ejecutivo se vio reforzado por la determinación de Honeywell GmbH de solicitar un recurso de amparo ante el TC Alemán (recurso que fue admitido a trámite y originó la sentencia objeto de análisis) por considerar que se había producido una violación de sus derechos en virtud del artículo 2.1⁶³ y artículo 12.1⁶⁴ en relación con el artículo 20.3⁶⁵ y del artículo 101.1 inciso 2⁶⁶ de la Ley Fundamental.

Más allá de los argumentos particulares⁶⁷, la cuestión esencial que se pretendía a través del recurso era que el TC Alemán invalidase las con-

⁶³ «Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral».

⁶⁴ «Todos los alemanes tienen el derecho a elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y de formación profesional. El ejercicio de la profesión puede ser regulado por ley o en virtud de una ley». *Ibid.*

⁶⁵ «El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho».

⁶⁶ «(...) Nadie podrá ser sustraído a su juez legal».

⁶⁷ En primer lugar *Honeywell* consideraba que no era factible que el TJUE tenga competencia para examinar la legislación laboral nacional respecto a la relación jurídica entre personas privadas (efecto horizontal de la Directiva 2000/78/CE). En segundo término planteó que la aplicación de la Directiva antes de que finalizase el plazo de transposición atentaba contra el principio de «confianza legítima». Finalmente, sostuvo que el Tribunal Federal de Trabajo había violado su obligación de elevar, en caso de duda o desconocimiento, una cuestión prejudicial al TJUE en función del Art. 267 párrafo tercero del TFUE. En particular estimaba que en el caso de que el Tribunal Federal de Trabajo estuviese condicionado por la sentencia *Mangold*, dicho tribunal debería haber presentado una cuestión prejudicial para determinar si las relaciones contractuales que se hubieran celebrado antes de la sentencia *Mangold* también se veían afectadas.

clusiones de la sentencia *Mangold* por haberse extralimitado el TJUE en sus competencias (control *ultra vires*).

IV. LOS REQUISITOS DEL CONTROL *ULTRA VIRES*

La primera vez que el TC Alemán mencionó la posibilidad de llevar a cabo un control de actos *ultra vires* en violación al principio de atribución de competencias fue en la sentencia *Maastricht*⁶⁸. Sin embargo en ésta no se fijaron las condiciones bajo las cuales se realizaría dicho control.

Si bien en *Lisboa* se estableció una primera aproximación a los criterios de fondo («en el caso de que se excedan manifiestamente los límites en el ejercicio de las competencias por parte de la Unión Europea»⁶⁹), y de forma («cuando no sea posible obtener protección jurídica a nivel de la Unión»⁷⁰), nada se detalló sobre el contenido de ambos requisitos. Además, llama la atención que en la sentencia de *Lisboa* se haya omitido mencionar que las extralimitaciones tenían que ser «generalizadas», condición presente en *Solange II* en relación con derechos fundamentales, lo que hacía entender que el TC Alemán podría aplicar su control *ultra vires* sobre actos de Derecho Comunitario aun ante casos aislados de extralimitación⁷¹.

La falta de precisión sobre las condiciones que propiciarían el control *ultra vires* así como la omisión en la sentencia *Lisboa* a cualquier tipo de cooperación entre Karlsruhe y Luxemburgo habían hecho de la sentencia *Honeywell* un esperado caso a través del cual esclarecer tales puntos oscuros de la jurisprudencia del TC Alemán.

En esta sentencia el TC Alemán esclarece que para que se declare inaplicable un acto comunitario es preciso que las instituciones de la Unión

⁶⁸ Se pueden mencionar, sin embargo, antecedentes tales como la Sentencia del 9 de junio de 1971 (en relación al carácter vinculante de las decisiones del TJCE) o la Sentencia del 8 de abril de 1987 (respecto al valor de los actos de una organización internacional que recibe competencias transferidas en virtud del art. 24(1) de la Ley Fundamental). En ambos casos se condiciona la validez jurídica de dichos actos a que los mismos se circunscriban al ámbito de competencias atribuidas.

⁶⁹ Sentencia *Lisboa*, *op.cit.* nota 7, apartado 240.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Dicha omisión es destacada tanto por MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Órda- go del Tribunal Constitucional Alemán...», *loc. cit.*, nota 18, p. 125; y TOMUSCHAT, C., «Lisbon - Terminal of the European Integration Process? The Judgment of the German Constitutional Court of 30 June 2009», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2010, vol. 70, pp 251-282, esp. p. 261.

hayan realizado una violación suficientemente caracterizada del principio de atribución de competencias (requisito de fondo). Sin embargo, aun en el supuesto de que se considere que se cumplen las exigencias de fondo, no se podría realizar semejante declaración sin plantear antes una cuestión prejudicial ante el TJUE (requisito de forma).

1. EL REQUISITO DE FONDO: VIOLACIÓN *SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA* DEL PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

El TC Alemán retoma el requisito de «extralimitación manifiesta» ya mencionado en *Lisboa*, pero lo vincula ahora a la jurisprudencia comunitaria en materia de responsabilidad extracontractual. Según la Sentencia *Honeywell* hay extralimitación manifiesta cuando la violación al sistema de competencias es «suficientemente caracterizada» (*hinreichend qualifiziert*). Esto implicaría a su vez dos requisitos acumulativos: que la violación sea manifiesta (*offensichtlich*) y que el acto tenga un impacto importante en la distribución de competencias entre los Estados miembros y la Unión⁷².

Según el nuevo estándar de *Honeywell*, es extremadamente difícil que una sentencia del TJUE sea considerada una violación manifiesta. El TC Alemán reconoce expresamente no sólo la primacía del Derecho Comunitario sino también el monopolio exclusivo del TJUE para interpretarlo. Además concede al TJUE un amplio margen de maniobra en su papel de intérprete último del Derecho de la Unión⁷³, el cual incluye la aplicación de principios generales que derivan de las tradiciones constitucionales⁷⁴. El único límite que conllevaría una violación manifiesta se daría si el TJUE, a través de interpretaciones totalmente desasociadas de los tratados o los principios generales, intentase «crear derecho», alterando el equilibrio institucional de los tratados⁷⁵. Este sería, por lo tanto, el elemento clave que demostraría que nos encontramos ante una violación manifiesta.

Por su parte, para que se viole el principio de atribución de competencia, el acto en cuestión tendría que generar un desequilibrio importante en el sistema de atribución de competencias. Este desequilibrio podría darse bien porque se aumentase el alcance de las competencias transferidas más allá de sus límites, bien porque la Unión se apropiase de otras que consti-

⁷² Sentencia *Honeywell*, *op. cit.*, nota 8, apartado 61.

⁷³ *Ibid.*, apartado 62.

⁷⁴ *Ibid.*, apartado 63.

⁷⁵ *Ibid.*, apartado 64.

tuyen el núcleo esencial de la tradición constitucional de los Estados⁷⁶. Así el TC Alemán distingue claramente las diferencias entre control *ultra vires* y control de *identidad constitucional*. En la medida en que la UE siga sin ser un Estado federal las instituciones europeas deben limitar su actuación a las competencias expresamente transferidas.

El TC Alemán utiliza este estándar para analizar los elementos controvertidos de la sentencia *Mangold*. En primer lugar considera que obligar a los Estados miembros a no tomar medidas que puedan comprometer el resultado de una directiva cuyo plazo de transposición aun no ha expirado, no restringiría de modo importante el margen de maniobra del Gobierno alemán durante el proceso de transposición, por lo que no tendría un impacto importante en la distribución de competencia entre los Estados miembros y la Unión⁷⁷. El TC no profundiza la cuestión sobre los supuestos efectos horizontales de la directiva.

En segundo término, en cuanto a la forma elegida por el TJUE para reconocer el principio general de no discriminación por razón de edad, aunque haya revestido múltiples deficiencias metodológicas, su reconocimiento estaría entre las facultades del TJUE y no crearía nuevas competencias para la Unión. Subraya el TC Alemán que el TJUE reconoció dicho principio esencialmente en base a una norma de Derecho derivado (la Directiva 2000/70/CE) que en su día contó con la aprobación del Consejo, donde se encuentran representados los Estados miembros⁷⁸. Por todo ello, en definitiva, el reconocimiento jurisprudencial de tal principio no alteraría la distribución de competencias entre los Estados y la UE⁷⁹.

Así puede deducirse que sólo en circunstancias excepcionales puede darse una violación del principio de atribución de competencias que justifiquen la inaplicación del Derecho Comunitario. A diferencia de los casos de control de derechos fundamentales (que suelen recaer en la primera Sala o *Senat* del TC Alemán) la Sala segunda, autora tanto de la sentencia *Lisboa* como de *Honeywell*, se dedica al control del funcionamiento del siste-

⁷⁶ *Ibid.*, apartado 65.

⁷⁷ *Ibid.*, apartados 75-77.

⁷⁸ Desgraciadamente el TC Alemán no avanza sobre la cuestión de si el Consejo se extralimitó en sus competencias cuando adoptó directivas que se adentraban en el ámbito de la política de empleo. En tal sentido ver BEYER-KATZENBERGER, M., «Judicial activism and judicial restraint at the Bundesverfassungsgericht: Was the Mangold judgement of the European Court of Justice and *ultra vires* act?» *ERA Forum*, n.º 11, 2011, pp. 517-523, esp. p. 522.

⁷⁹ Sentencia *Honeywell*, *op. cit.*, nota 8, apartados 78-79.

ma político en su conjunto más que a evaluar actos individuales. En la medida en que no se alteren de forma generalizada las relaciones institucionales entre la UE y los Estados miembros (en este caso el sistema de distribución de competencia) no se alcanzará el estándar fijado en *Honeywell* para inaplicar un acto de la UE.

2. LOS REQUISITOS PROCEDIMENTALES: LA NECESARIA COLABORACIÓN ENTRE JUECES CONSTITUCIONALES

Desde que el TC Alemán se atribuyera en *Maastricht* la competencia para realizar el control *ultra vires* de actos comunitarios, permanecía la duda de cómo se podría llevar a cabo desde el ángulo procedimental. La incertidumbre era mayor porque, según la Constitución alemana, el TC Alemán sólo tiene competencia para analizar la compatibilidad del Derecho alemán frente a la propia constitución⁸⁰, por lo que el control de actos supranacionales escapa a los procedimientos aplicados hasta el momento.

Decisiones posteriores a *Maastricht* que reafirmaron la capacidad del TC Alemán para realizar el control *ultra vires*⁸¹ no esclarecieron las dudas del ángulo procedimental, y no es hasta *Lisboa* cuando se comienzan a delinear algunos detalles. En dicha sentencia el TC Alemán se atribuye la «competencia exclusiva» (frente a otros jueces alemanes)⁸² en el control *ultra vires*. Lo llamativo es que dicha exclusividad no se basa en fundamentos de Derecho interno o constitucional sino más bien de raigambre europea. Es decir, para «proteger la funcionalidad del ordenamiento jurídico comunitario» y «la aplicación del Derecho constitucional de manera abierta al Derecho Europeo» (*Europarechtsfreundlichkeit*). El modo en que se debería desarrollar dicha «aplicación amigable del Derecho europeo» seguía siendo una incógnita, especialmente teniendo en cuenta el tono particularmente crítico de la sentencia *Lisboa*.

En *Honeywell*, en cambio, el TC Alemán recuerda su doctrina anterior y desarrolla, de un modo claramente europeísta, las implicaciones del concepto *Europarechtsfreundlichkeit* en el control *ultra vires*⁸³. En primer lu-

⁸⁰ Ley Fundamental de Bonn, arts. 93(1) y 100(1).

⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 17 de febrero de 2000 (*Alcan*), asunto 2 BvR 1210/98; y Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 18 de julio de 2005 (*Euroorden*), asunto 2 BvR 2236/04.

⁸² Sentencia *Lisboa*, *op. cit.*, nota 7, apartado 241.

⁸³ Para un estudio más detallado del tema se puede consultar HANF, D., «Vers une précision de la *Europarechtsfreundlichkeit* de la Loi Fondamentale – L’apport de l’arrêt

gar reconoce la competencia exclusiva del TJUE como garante de la unidad y coherencia del Derecho de la Unión, la cual se pondría en peligro si cada Estado miembro se adjudicara la capacidad para controlar la validez de los actos comunitarios, aun cuando fueran manifiestamente *ultra vires*. Por ello la necesaria apertura de la Constitución alemana hacia el Derecho europeo obligaría a solicitar una cuestión prejudicial al TJUE antes de realizar cualquier declaración de inaplicación de un acto de la UE⁸⁴. Es decir, habría que dar la oportunidad al TJUE a cumplir su rol de garante de la legalidad en la aplicación de los tratados⁸⁵.

La pregunta que surge, a continuación, es qué ocurriría si después de plantear la cuestión prejudicial en un caso concreto el TC Alemán y el TJUE tuvieran opiniones diferentes sobre el cumplimiento del principio de atribución de competencias. El TC Alemán no llega a reconocer la primacía absoluta del TJUE en su rol de intérprete último de los Tratados, aunque se acerca bastante a ello.

En el ejercicio de dicho papel el TJUE tiene derecho, bajo ciertos límites, a desarrollar el Derecho Comunitario siguiendo una metodología del precedente⁸⁶ y a sostener posturas interpretativas que, aunque difieran de la mantenida por el TC Alemán, resulten aceptables⁸⁷. Es más, el TJUE «has a right to tolerance of error»⁸⁸. Es decir, un caso aislado de extralimita-

rétention des données et de la décision Honeywell du BVerfG» *Cahiers de Droit Européen*, vol. 46, n.º 3-4, 2010, pp. 515-549.

⁸⁴ Sentencia del TC Alemán de 6 de Julio de 2010, esp. apartados 56-66. En la Sentencia del TC Alemán de 2 de marzo de 2010 sobre la Directiva 2006/24/CE de Conservación de Datos la Sala primera ya había mencionado la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial, aunque no aclaraba si ésta era necesaria sólo antes de declarar que la directiva en cuestión violaba un derecho fundamental protegido por la Ley Fundamental o bien podría plantearse antes de adentrarse en el fondo de la cuestión.

⁸⁵ Como cita MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES un sector importante de la doctrina alemana reclama una reforma expresa de la ley que regula la jurisdicción del TC para introducir la obligatoriedad de plantear cuestión prejudicial en este tipo de casos. Ver MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Órdago del Tribunal Constitucional Alemán...», *loc. cit.*, nota 18, p. 126. Citados por dicho autor von BOGDANDY, A., «Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum - Überlegungen zum Lissabon-urteil des BVerfG», *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, núms. 1-2, pp. 1-5, esp. p. 4; y BERGMANN, J., KARPENSTEIN, U., «Identitäts- und Ultravires- Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht - Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Vorlageverpflichtung», *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2009, vol. 12, p. 529-542, esp. p. 535.

⁸⁶ Sentencia *Honeywell*, *op. cit.*, nota 8, apartados 62-63.

⁸⁷ *Ibid.*, apartado 66.

⁸⁸ *Ibid.*

ción de las competencias atribuidas a la UE que sea tolerado por el TJUE no daría lugar a un control *ultra vires* por parte del TC Alemán. Entendemos que esta última afirmación se entronca con el requisito de generalidad de la violación existente en *Solange II*, que había desaparecido tanto en *Maastricht* como en *Lisboa*. A su vez se encuentra en sintonía con el requisito de fondo anteriormente mencionado que exige que el acto tenga un impacto importante en el sistema competencial.

Esta flexibilidad de la sentencia *Honeywell* facilita la colaboración entre ambos órganos jurisdiccionales, garantizando a la vez la primacía de las sentencias del TJUE sobre las opiniones divergentes del TC Alemán. Tan sólo ante el supuesto de una jurisprudencia arbitraria y continuada del TJUE, que a su vez cumpla con el requisito sustantivo de «alteración significativa del sistema de atribución de competencias», podría darse el caso de enfrentamiento abierto entre ambos órganos.

Sin embargo esta vuelta a *Solange II* tiene una salvedad. A diferencia de las controversias en materia de derechos fundamentales, el TC Alemán no limita la admisibilidad de las demandas por actuaciones *ultra vires*⁸⁹. Es decir, aunque considere que el acto no altera de modo significativo el sistema de atribución de competencias o que el TJUE tiene derecho a equivocarse, tal como ocurrió en la sentencia *Honeywell* respecto a *Mangold*, probablemente sigamos teniendo comentarios críticos del TC Alemán sobre decisiones del máximo intérprete comunitario.

V. CONSIDERACIONES FINALES

En definitiva, aunque en *Lisboa* el balance entre integración y soberanía nacional, a tenor de la literalidad de la sentencia, parecía romperse a favor de la segunda, a la luz de *Honeywell* no resulta tan evidente que las consecuencias prácticas de las decisiones del TC Alemán vayan a llevar a la ruptura del equilibrio.

A pesar de que los ámbitos cubiertos por *Lisboa* son mucho más amplios que los que abarca *Honeywell*, puede decirse que *Honeywell* es a *Lisboa* lo mismo que el caso *Banana Market* lo fue a *Maastricht*. Después de un pronunciamiento sesudo y crítico, aunque sin repercusión práctica, viene un caso concreto en el que el TC Alemán suaviza su propia jurisprudencia impidiendo así un enfrentamiento abierto con el TJUE.

⁸⁹ PAYANDEH, M., «Constitutional review of EU Law after Honeywell...», *loc. cit.*, nota 3, p. 25.

Lo que parecía ser un conflicto radical se desvanece y es que tal conflicto es en realidad «puramente hipotético»⁹⁰. El conflicto emana de la separación de los máximos órganos jurisdiccionales nacional y comunitario, que no se integran en una relación jerárquica, lo cual hace que las divergencias entre las exigencias del ordenamiento comunitario y las de la Constitución de cada Estado miembro no sean susceptibles de «solución lógicamente satisfactoria», ya que tanto el derecho comunitario, como el derecho constitucional nacional, se autoafirman con una pretensión de primacía⁹¹. Sin embargo, los términos en que estas divergencias se formulan manifiestan el carácter meramente hipotético de este conflicto, que tanto los Tribunales Constitucionales como el Tribunal de Justicia «pueden y deben evitar»⁹² (y *Honeywell* es ejemplo de ello).

Los Tribunales Constitucionales están aún ante la tesitura de tener que compaginar su función de máximos garantes de la Constitución nacional con la necesidad de respetar un Derecho comunitario con su propio sistema de control jurisdiccional, del que los tribunales constitucionales dudan si entrar a formar parte y con qué función⁹³. Por ello la tarea de los Tribunales Constitucionales no es simple⁹⁴.

En *Honeywell* el Tribunal Constitucional alemán parece consolidar una tendencia de cooperación cada vez mayor, que se confirma en la reciente sentencia sobre el rescate a Grecia⁹⁵. En ésta el TC Alemán acepta, bajo ciertos requisitos⁹⁶, que la integración europea conlleva cierta co-responsa-

⁹⁰ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., WOELKER, U., «Derecho Comunitario, Derechos Fundamentales y Control de Constitucionalidad: La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986», *Revista de Instituciones Europeas (RDCE)*, Vol. 4, núm. 3, septiembre-diciembre 1987, Madrid, pp. 667-685, p. 681 y RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., VALLE GÁLVEZ, A., «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo-RDCE*, Vol I, núm. 2, julio-diciembre 1997, Madrid, pp. 329-376, p. 374.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ CASTILLO DE LA TORRE, F., «La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30.06.2009...», *RDCE*, *loc. cit.*, nota 21, p. 1007.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Sentencia *Greek rescue*, *op. cit.*, nota 10.

⁹⁶ Los tres requisitos para considerar constitucional la decisión del gobierno alemán de eventuales rescates o ayudas financieras serían: 1) Que el legislativo alemán no apruebe partidas presupuestarias ni ayudas de cantidades indeterminadas ni sin límites temporales (apartados 123, 124 y 128); 2) que el plan de ayuda o rescate sea aprobado no sólo por el

bilidad financiera⁹⁷, ampliando considerablemente el alcance de las competencias transferidas en virtud de la Unión Económica y Monetaria y, por lo tanto, brindando la posibilidad de un futuro gobierno económico a nivel europeo.

La importancia de *Honeywell* radica no tanto en alejar la amenaza de declarar un acto comunitario como *ultra vires*, sino más bien en crear las condiciones de flexibilidad y confianza mutua, necesarias para que el TC Alemán plantee su primera cuestión prejudicial.

En relación con la sentencia *Maastricht*, Torsten Stein ya afirmaba que si el Tribunal Constitucional federal desea ejercer su jurisdicción en una «relación de cooperación» con el TJCE y si pretende no pasar por alto lo previsto en el artículo 164 TCE, el Tribunal habrá de someterse, en primer lugar, al TJCE⁹⁸. El amplio margen de discrecionalidad que se concede en la sentencia *Honeywell* al TJUE en su rol de intérprete, sumado a la obligación de plantear cuestión prejudicial previa a cualquier declaración de inaplicación del Derecho Comunitario consolida la tendencia a una relación de cooperación del Tribunal Constitucional Alemán con el TJUE y hace prever que, más pronto que tarde, comenzará un enriquecedor diálogo entre ambos altos intérpretes de las normas constitucionales de la Unión Europea y la República Federal de Alemania, respectivamente. Este es sin duda el camino a seguir para evitar futuras desavenencias entre Karlsruhe y Luxemburgo.

Bundestag, sino que también por la Comisión Presupuestaria, sin excepción alguna (apartados 139 y 141); y 3) que el plan de ayuda se apruebe por los Estados de la Zona Euro y que en dicha decisión el Gobierno alemán tenga «una influencia decisiva» (apartado 140). Estos requisitos han sido profusamente analizados por LÓPEZ CASTILLO, A., «La tentativa de respuesta europea a la crisis del euro y de la deuda (griega) al amparo del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario sucinto de la sentencia de 07.09.2011 (2 BVR 987/10,1485/10, 1099/10), en *Revista de Derecho Comunitario Europeo-RDCE*, núm. 39, Madrid, mayo/agosto 2011, pp. 487-502.

⁹⁷ Literalmente, dice: «Mit ihrer Öffnung für die internationale Zusammenarbeit, Systeme kollektiver Sicherheit und die europäische Integration bindet sich die Bundesrepublik Deutschland nicht nur rechtlich, sondern auch finanzpolitisch. (...)» (Sentencia *Greek rescue*, apartado 124).

⁹⁸ STEIN, T., «La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht», *Revista de Instituciones Europeas-RDCE*, Vol. 21, núm. 3, Madrid, septiembre-diciembre 1994, 745-769, p. 759.

EL CONTROL *ULTRA VIRES* DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN.
COMENTARIO DE LA DECISIÓN DE 06.07.2010 (2 BVR 2661/06, *HONEYWELL*)

RESUMEN: La sentencia *Lisboa* del Tribunal Constitucional Alemán (TCA) se ha considerado como una decisión extremadamente crítica que intenta poner nuevos límites a la integración europea. *Honeywell* representa la primera oportunidad para el TCA de poner en práctica la doctrina *Lisboa*, en concreto de activar el control *ultra vires* sobre los actos de la Unión Europea. El caso reviste una importancia especial ya que el acto a controlar era una sentencia del TJUE, lo que hubiera podido desencadenar un conflicto entre ambos órganos jurisdiccionales. Sin embargo en *Honeywell* el TCA va a establecer un estándar de control *ultra vires* tan restrictivo que, en la práctica va a resultar muy difícil que tal situación se produzca. Además en esta sentencia el TCA se pronuncia sobre la necesidad de plantear una cuestión prejudicial como requisito previo a la activación del control constitucional sobre actos europeos. De esta forma, la decisión *Honeywell* contribuye a mantener el equilibrio y preservar el principio de cooperación judicial en la UE.

PALABRAS CLAVE: Relaciones entre TJUE y Tribunales Constitucionales; Tribunal Constitucional Alemán; Control *ultra vires*; Principio de Atribución de Competencias; Cuestión Prejudicial.

ULTRA VIRES REVIEW OF THE GERMAN CONSTITUTIONAL COURT.
COMMENTS ON THE DECISION OF 06.07.2010 (2 BVR 2661/06, *HONEYWELL*)

ABSTRACT: The *Lisbon* decision of the German Federal Constitutional Court (FCC) has been generally considered as being highly critical of European integration. The importance of *Honeywell* lies in the fact of its being the first occasion for the FCC to put into practice the *Lisbon* doctrine, specifically its constitutional *ultra vires* review of European acts. The application of the *ultra vires* review could well have been a point of conflict between the FCC and the European Court of Justice. Nevertheless, in *Honeywell*, the FCC established a very restrained standard of *ultra vires* review, thereby reducing, to a considerable extent, any possibility of conflict between the two courts. Moreover, the FCC actually promoted the prior exercise of the preliminary reference procedure, before permitting the exercise of its own domestic constitutional review jurisdiction. In this way, the decision aims to maintain the balance and principle of judicial cooperation in the European Union.

KEY WORDS: Relationships between the ECJ and the Constitutional Courts; German Constitutional Court; *ultra vires* review; Principle of conferral of competences; Preliminary ruling.

LE CONTRÔLE *ULTRA VIRES* DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE
ALLEMANDE. COMMENTAIRE DE LA DÉCISION DE 06.07.2010
(2 BVR 2661/06, *HONEYWELL*)

RÉSUMÉ: L'arrêt *Lisbonne* est généralement considéré très critique avec le processus d'intégration européenne. L'importance de *Honeywell* est d'être la première occasion pour la

Cour Constitutionnelle Allemande (CCA) de mettre en pratique les conclusions doctrinaires du jugement *Lisbonne*, concrètement le contrôle institutionnel *ultra vires* des actes européens établis dans le soi-disant arrêt. Si l'application du contrôle *ultra vires* avait bien pu commencer avec un conflit entre le CCA et la Cour de Justice de l'UE, dans *Honeywell* le conflit se volatiliserait. Dans *Honeywell*, la Cour Constitutionnelle a établi un standard très restrictif nécessaire pour activer le contrôle *ultra vires*, réduisant les possibilités de conflit entre les deux cours. De plus, la CCA a proclamé la nécessité d'émission de questions préjudicielles comme condition prioritaire à l'exercice du contrôle constitutionnel des actes communautaires. Par conséquent, l'arrêt *Honeywell* évade le conflit en maintenant l'équilibre et le principe de coopération judiciaire dans l'Union Européenne.

MOTS CLÉS: Relations entre la Cour de Justice de l'Union Européenne et les Cours Constitutionnelles; Cour Constitutionnelle Allemande; Contrôle *ultra vires*; Principe d'attribution de compétences; question préjudicielle.