

III. JURISPRUDENCIA

A) JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Coordinación a cargo de

Francisco Javier QUEL LÓPEZ*

Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO

I. TRATADOS INTERNACIONALES. II. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL. III. ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO. IV. DERECHO DEL MAR. V. ASILO Y REFUGIO. VI. DERECHOS HUMANOS. VII. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.

I. TRATADOS INTERNACIONALES

2007-1

TRATADOS. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.—Cuestión de inconstitucionalidad de los artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979 (en relación con los arts. 9.3, 14, 16.3, 23.2, 24.1 y 103 de la Constitución).

Antecedentes de hecho

1. (...) *Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la cuestión son, sucintamente expuestos, los que siguen:*

* La presente crónica abarca el primer semestre de 2007 respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, así como la emanada de los tribunales inferiores. La selección de materiales ha sido llevada a cabo por los profesores de la UPV/EHU Óscar Abalde Cantero, Nicolás Alonso Moreda, María Dolores Bollo Arocena y Juan Soroeta Liceras. Conviene advertir que se ha incluido exclusivamente la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales españoles en su función de interpretación y aplicación de normas internacionales.

a) Doña María del Carmen Galayo Macías había venido prestando servicios como profesora de religión (educación infantil y primaria), a propuesta del Obispo de Canarias, en diversos centros escolares públicos, desde el curso académico 1990/1991. En octubre del año 2000 se le comunicó que no se le formalizaría nuevo contrato, por mantener una relación afectiva con un hombre distinto de su esposo, del que se había separado.

b) La Sra. Galayo Macías interpuso ante el Juzgado de lo Social núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria demanda de tutela de derechos fundamentales contra el Ministerio de Educación y Ciencia, la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Canarias y el Obispado de Canarias. Se invocaba la lesión del principio de igualdad y del derecho a la intimidad personal, interesándose la nulidad de la propuesta del Obispado para la contratación de profesores de religión, así como la contratación de la demandante y el abono de indemnizaciones.

c) La demanda dio lugar a los autos núm. 127-2001, que concluyeron por Sentencia desestimatoria de 6 de julio de 2001. El Juzgado hizo suya la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en un supuesto análogo por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (de fecha 26 de febrero de 2001, (...))

d) La actora interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (rollo núm. 419-2002), cuya Sección Primera ha elevado la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Fundamentos jurídicos

1. La Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias cuestiona en este procedimiento la constitucionalidad de varias normas. De un lado, tres preceptos incluidos en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, de 3 de enero de 1979 (RCL 1979, 2965 y RCL 1980, 399), ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979 (BOE núm. 300, de 15 de diciembre).

2. (...) En definitiva, por ser los únicos relevantes para el fallo del proceso laboral, los preceptos que conforman el verdadero objeto de esta cuestión de inconstitucionalidad son los dos primeros párrafos del artículo III del Acuerdo con la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, suscrito el 3 de enero de 1979, y el párrafo añadido por el artículo 93 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre (RCL 1998, 3063 y RCL 1999, 1204), a la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, derogada por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo (RCL 2006, 910), de Educación, pero aplicable al proceso del que trae causa este procedimiento y, por ello, de conformidad con nuestra reiterada doctrina sobre la continuidad de los procesos constitucionales tras la derogación de las normas cuestionadas (por todas, STC 178/2004, de 21 de octubre [RTC 2004, 178]), objeto vivo de este proceso. En efecto, la resolución del problema objeto de debate en el proceso judicial pendiente pasa por la aplicación de estas concretas normas, que confían al Obispado la propuesta de contratación de profesorado y descartan, en una primera interpretación, la posibilidad de que la Administración Pública haga otra cosa que asumir acríticamente esa propuesta. Este modelo de contratación sería, para el órgano judicial, contrario a los artículos 9.3, 14, 16.3, 23.2, 24.1 y 103.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836).

3. Delimitados así los preceptos que son objeto de esta cuestión, procede disipar toda sombra de duda sobre la idoneidad de las normas de un tratado para constituirse en objeto de un proceso de control de constitucionalidad. Esa idoneidad, aceptada sin reservas por el Fiscal General del Estado, no es, en cambio, indiscutible para el Abogado del Estado, quien sostiene que cabe cuestionar, en abstracto, si tales normas se ajustan al concepto de «normas con rango Ley» utilizado por los artículos 165 CE (RCL 1978, 2836) y 35.1 LOTC (RCL 1979, 2383) para delimitar el objeto posible de este proceso. El propio Abogado del Estado afirma,

*no obstante y a renglón seguido, que la consideración conjunta de los artículos 27.2.c), 29.1 y 25.1 LOTC permite concluir que los tratados internacionales pueden ser objeto de declaración de inconstitucionalidad en cualquiera de las dos vías enunciadas en el artículo 29.1 LOTC (recurso y cuestión). Con todo, no deja de referirse al artículo 27.2.c) LOTC en términos que pueden hacerlo sospechoso de una inconstitucionalidad en la que si el Abogado del Estado dice no querer entrar es sólo *ratione officii*.*

No nos corresponde enjuiciar aquí la constitucionalidad de un precepto de nuestra Ley Orgánica que nadie ha puesto formalmente en cuestión; ni nos cabe siquiera pronunciarnos in abstracto sobre la viabilidad procesal de un tal cuestionamiento. Importa sólo decir que si las dudas abrigadas por el Abogado del Estado respecto de la ortodoxia constitucional del artículo 27.2.c) LOTC derivan únicamente del hecho de que, a su juicio, los tratados internacionales no pueden ser formalmente considerados como Leyes, tales dudas habrían de extenderse a los apartados del artículo 27.2 LOTC que también incluyen entre las normas sometidas a nuestra jurisdicción a los Reglamentos parlamentarios, es decir; normas que, tampoco son formalmente Leyes, pero que por su inmediata vinculación a la Constitución, como ocurre también con los Tratados (art. 95.1 CE), aparecen cualificadas como normas primarias, siendo justamente esa específica cualificación la que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, confiere su cabal sentido, en este contexto, a la expresión «norma con rango de Ley» (por todas, SSTC 118/1988, de 20 de junio [RTC 1988, 118], y 139/1988, de 8 de julio [RTC 1988, 139]). De otro lado, la eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado presupone, obviamente, el enjuiciamiento material de su contenido a la luz de las disposiciones constitucionales, pero no necesariamente que los efectos invalidantes asociados a un juicio negativo lleven aparejada de manera inmediata la nulidad del tratado mismo (art. 96.1 CE). Esta última consideración no debe ser objeto ahora de un mayor desarrollo, como tampoco es pertinente que entremos a considerar las soluciones propuestas por el Abogado del Estado para concretar los efectos y el alcance de una eventual declaración de inconstitucionalidad de los preceptos del Acuerdo con la Santa Sede que aquí se han cuestionado. Sólo si esa declaración efectivamente se produce tendrá sentido que pasemos a precisar sus consecuencias, si es que éstas, por algún motivo, no pudieran ser estrictamente las que en principio se desprenden de las previsiones literales de nuestra Ley Orgánica. (...)

6. *Señalado lo anterior, corresponde ya analizar las dudas de constitucionalidad que al órgano judicial que promueve la cuestión suscita el concreto sistema establecido en el Acuerdo sobre la Enseñanza y los Asuntos Culturales suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede el 3 de enero de 1979 (RCL 1979, 2965 y RCL 1980, 399) y en el párrafo segundo de la Disposición Adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990 (RCL 1990, 2045). A juicio del órgano judicial las dudas se plantean en relación con dos de las concretas opciones normativas seguidas en la configuración de dicho sistema: el recurso a la contratación laboral y el que esta contratación se lleve a cabo por las Administraciones educativas, constituyendo así empleo público, lo que, a su juicio, determinaría la inmunidad frente al Derecho estatal de las decisiones sobre contratación y renovación adoptadas por el Obispado y condicionaría el acceso al empleo público y el mantenimiento en el mismo en base a criterios de índole religiosa o confesional, vulnerándose con ello los artículos 9.3, 14, 16.3, 23.2, 24.1 y 103.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836).*

7. *Por lo que se refiere al pretendido obstáculo a la revisión judicial de las decisiones de contratación adoptadas en ejecución del sistema, que derivaría de la consideración de que se trata de decisiones que, en aplicación del Acuerdo de 1979 (RCL 1979, 2965 y RCL 1980, 399), no proceden directamente de un órgano del Estado, sino de una autoridad ajena al mismo y, en concreto, de una autoridad eclesiástica, lo que determinaría la inmunidad frente a los órganos judiciales de tales decisiones, vulnerando con ello el derecho a la tutela judicial efec-*

tiva reconocido en el artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836), no podemos sino rechazar tajantemente su concurrencia.

Como recuerda el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, este Tribunal declaró ya en su STC 1/1981, de 26 de enero (RTC 1981, 1) la plenitud jurisdiccional de los Jueces y Tribunales en el orden civil, en cuanto exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), derecho «que se califica por la nota de la efectividad» (STC 1/1981, de 26 de enero, F. 11). Posteriormente el Tribunal ha vuelto a abordar esta cuestión en su STC 6/1997, de 13 de enero (RTC 1997, 6), reiterando en ella que los efectos civiles de las resoluciones eclesiásticas, regulados por la Ley civil, son de la exclusiva competencia de los Jueces y Tribunales civiles, como consecuencia de los principios de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE) y de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE) (STC 6/1997, de 13 de enero, F. 6).

No cabe, por lo tanto, aceptar que los efectos civiles de una decisión eclesiástica puedan resultar inunes a la tutela jurisdiccional de los órganos del Estado. Siendo ello así, habrá de analizarse si la regulación cuestionada conduce necesariamente a tal conclusión.

7. (...) *A los efectos del control de constitucionalidad que ahora nos corresponde baste concluir de lo señalado que ni el artículo III del Acuerdo sobre la Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito el 3 de enero de 1979 (RCL 1979, 2965 y RCL 1980, 399) entre el Estado Español y la Santa Sede, ni el párrafo segundo de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, excluyen el control jurisdiccional de las decisiones de contratación de los profesores de religión ni vulneran, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.*

8. (...) *Se trataría así de determinar si la contratación laboral por las Administraciones educativas de los profesores de religión, al venir condicionada por la previa declaración eclesiástica de idoneidad, vulneraría el derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, discriminando a los posibles candidatos en función de criterios religiosos.*

9. (...) *En definitiva, hemos afirmado que se infringe el principio de igualdad si la diferencia de trato carece de una justificación objetiva y razonable a la luz de las condiciones de mérito y capacidad o, dicho en otros términos, cuando el elemento diferenciador sea arbitrario o carezca de fundamento racional (SSTC 185/1994, de 20 de junio [RTC 1994, 185], F. 3; 48/1998, de 2 de marzo [RTC 1998, 48], F. 7; y 202/2003, de 17 de noviembre [RTC 2003, 202], F. 12). Pues bien, en el caso ahora analizado la exigencia para la contratación de estos profesores del requisito de hallarse en posesión de la cualificación acreditada mediante la Declaración Eclesiástica de Idoneidad no puede considerarse arbitraria o irrazonable ni ajena a los principios de mérito y capacidad y, desde luego, no implica una discriminación por motivos religiosos, dado que se trata de contratos de trabajo que se celebran única y exclusivamente para la impartición, durante el curso escolar, de la enseñanza de la religión católica.*

La facultad reconocida a las autoridades eclesiásticas para determinar quiénes sean las personas cualificadas para la enseñanza de su credo religioso constituye una garantía de libertad de las Iglesias para la impartición de su doctrina sin injerencias del poder público. Siendo ello así, y articulada la correspondiente cooperación a este respecto (art. 16.3 CE) mediante la contratación por las Administraciones públicas de los profesores correspondientes, habremos de concluir que la declaración de idoneidad no constituye sino uno de los requisitos de capacidad necesarios para poder ser contratado a tal efecto, siendo su exigencia conforme al derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 14 CE) y a los principios que rigen el acceso al empleo público (art. 103.3 CE).

10. *Relacionado con lo anterior, debemos descartar también que pueda oponerse a la regulación legal cuestionada la pretendida imposibilidad para las Administraciones públicas de actuar como una empresa de tendencia, que derivaría del hecho de que los fines a los que éstas han de servir, y hacerlo con objetividad, son sólo los generales (art. 103.1 CE*

[RCL 1978, 2836]), argumento al que se alude en el Auto de planteamiento de la cuestión y en algunas de las alegaciones presentadas.

En primer término resulta preciso constatar que las interrelaciones existentes entre los profesores de religión y la Iglesia no son estrictamente las propias de una empresa de tendencia, tal y como han sido analizadas en diversas ocasiones por este Tribunal, sino que configuran una categoría específica y singular, que presenta algunas similitudes pero también diferencias respecto de aquélla. La doctrina referente a las empresas de tendencia despliega toda su virtualidad en el ámbito de las relaciones laborales privadas y, por lo que hace en particular a la enseñanza, permite la modulación de los derechos del profesorado en consonancia con el ideario educativo de los centros privados (STC 47/1985, de 27 de marzo [RTC 1985, 47]), cuya libertad de creación comporta la posibilidad de dotarlos de un carácter u orientación propios (STC 5/1981, de 13 de febrero [RTC 1981, 5], F. 8) como instrumento que son al servicio de las libertades individuales y colectivas garantizadas por los artículos 16 y 27 CE. Sin embargo, la condición que deriva de la exigencia de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad no consiste en la mera obligación de abstenerse de actuar en contra del ideario religioso, sino que alcanza, de manera más intensa, a la determinación de la propia capacidad para impartir la doctrina católica, entendida como un conjunto de convicciones religiosas fundadas en la fe. El que el objeto de la enseñanza religiosa lo constituya la transmisión no sólo de unos determinados conocimientos sino de la fe religiosa de quien la transmite, puede, con toda probabilidad, implicar un conjunto de exigencias que desbordan las limitaciones propias de una empresa de tendencia, comenzando por la implícita de que quien pretenda transmitir la fe religiosa profese él mismo dicha fe.

No es momento de analizar aquí, en el control de constitucionalidad que corresponde efectuar a este Tribunal en el marco de la presente cuestión, cuáles hayan de ser los límites a los que, en garantía de los derechos fundamentales de los profesores de religión, deban someterse las actuaciones concretas desarrolladas en ejecución de tales exigencias, pero sí de dejar constancia de que, en su análisis, no habrá de tenerse únicamente en cuenta la doctrina ya sentada por este Tribunal en materia de empresas de tendencia, sino que habrá de atenderse igualmente a las consideraciones que se derivan de la afectación del derecho de libertad religiosa (art. 16.1 CE) y de la doble exigencia que dicho derecho comporta en su dimensión objetiva (STC 101/2004, de 23 de junio [RTC 2004, 101], F. 3): la neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado, y el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias (art. 16.3 CE).

Pero en cualquier caso, es lo cierto que el sistema de contratación establecido por la disposición legal cuestionada no implica la conversión de las Administraciones públicas en una empresa de tendencia, lo que, efectivamente, resultaría incompatible con el artículo 103.1 CE. A través de la contratación de los profesores de religión las Administraciones públicas no desarrollan tendencia ni ideario ideológico alguno, sino que ejecutan la cooperación con las Iglesias en materia de enseñanza religiosa en los términos establecidos en los acuerdos que la regulan y en las normas que la desarrollan, contratando para ello a personas que han sido previamente declaradas idóneas por las autoridades religiosas respectivas, que son las únicas que, desde el principio de aconfesionalidad del Estado, pueden valorar las exigencias de índole estrictamente religiosa de tal idoneidad.

11. Por ello mismo, la exigencia de la idoneidad eclesiástica como requisito de capacidad para el acceso a los puestos de trabajo de profesor de religión en los centros de enseñanza pública no vulnera tampoco el artículo 9.3 CE (RCL 1978, 2836). Como ha señalado este Tribunal, no puede tacharse de arbitraria una norma que persigue una finalidad razonable y que no se muestra desprovista de todo fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución adoptada, pues entrar en el enjuiciamiento de cuál haya de ser su medida justa supone debatir una opción tomada por el legislador que, aun cuando pueda ser

discutible, no tiene que ser necesariamente arbitraria ni irracional (por todas, STC 149/2006, de 11 de mayo [RTC 2006, 149], F. 6, y las en ella citadas). De manera que, al enjuiciar un precepto legal al que se tacha de arbitrario, nuestro examen ha de centrarse en determinar si dicho precepto establece una arbitrariedad, o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias (SSTC 96/2002, de 25 de abril [RTC 2002, 96], F. 6; 242/2004, de 16 de diciembre [RTC 2004, 242], F. 7; y 47/2005, de 3 de marzo [RTC 2005, 47], F. 7). De acuerdo con lo anteriormente señalado, la exigencia de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad para poder impartir enseñanzas de religión en los centros educativos no puede estimarse irracional o arbitraria, respondiendo a una justificación objetiva y razonable coherente con los principios de aconfesionalidad y neutralidad religiosa del Estado.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la Autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido

1.º Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los párrafos tercero y cuarto del artículo III, el artículo VI y el artículo VII del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979, así como respecto del párrafo primero de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo, en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

2.º Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

[Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 38/2007, de 15 de febrero. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde].

F: Aranzadi (Westlaw), RTC 2007/38.

2007-2

TRATADOS. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.—Cuestión de inconstitucionalidad de los artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979 (en relación con los arts. 20.1 y 28.1 de la Constitución)

Antecedentes de hecho

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la cuestión son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) Doña Margarita Pérez Eguiagaray había venido prestando servicios como profesora de religión y moral católica, a propuesta del Obispo de Canarias, en diversos centros de enseñanza secundaria de la Comunidad Autónoma de Canarias, desde el 24 de octubre de 1980. En el año 1997 la demandante interpuso, junto a otras siete personas, demanda contra la Comunidad Autónoma de Canarias, en la que se dictó Sentencia de 15 de junio de 1998 que

declaraba que la relación contractual existente entre los actores y la demandada era de carácter laboral e indefinido. La demandante es secretaria de la «Asociación Profesional de Profesores de Religión de Enseñanzas Medias de la Comunidad Autónoma de Canarias». En los años 1999 y 2000 publicó diferentes escritos en los medios de comunicación en relación con la situación de los profesores de religión. El 26 de enero de 2000 la demandante fue integrante del comité de huelga en una huelga de profesores de religión y moral católica convocada por Intersindical Canaria. En julio de 2001, el Obispado de Canarias remitió a la Comunidad Autónoma las propuestas de contratación del profesorado de religión en educación secundaria para el curso 2001-2002 y la relación de los que, habiendo prestado servicios en el curso 2000-2001, no eran propuestos para el curso siguiente. La demandante no figuraba en ninguno de dichos documentos. El 30 de septiembre de 2001, no habiendo recibido noticia alguna referida a su nombramiento, la demandante llamó por teléfono a la Comunidad Autónoma, uno de cuyos representantes le comunicó que, al no haber sido propuesta por el Obispado para el curso 2001-2002, no podía ser nombrada profesora.

b) La Sra. Pérez Eguigaray interpuso ante el Juzgado de lo Social núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria demanda por despido contra la Comunidad Autónoma de Canarias y el Obispado de Canarias.

c) La demanda dio lugar a los autos núm. 962-2001, que concluyeron con Sentencia de 27 de marzo de 2002 que estimó parcialmente la demanda en cuanto dirigida contra la Comunidad Autónoma de Canarias y la desestimó totalmente en cuanto dirigida contra el Obispado de Canarias, declarando nulo el despido efectuado por la citada Comunidad Autónoma y condenando a la misma a la readmisión de la actora con abono de los salarios dejados de percibir.

d) La Comunidad Autónoma interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (rollo núm. 806-2002), que ha elevado la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Fundamentos de Derecho

1. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias cuestiona en este procedimiento la constitucionalidad de varias normas. De un lado, tres preceptos incluidos en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979 (BOE núm. 300, de 15 de diciembre).

2. Este Tribunal Constitucional ha resuelto en su STC 38/2007, de 15 de febrero, la cuestión de inconstitucional núm. 4831-2002, planteada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en relación con los mismos preceptos legales y en términos prácticamente idénticos a los de la presente cuestión. En el fallo de dicha Sentencia el Tribunal declaró inadmisibles la cuestión respecto de los párrafos tercero y cuarto del artículo III, el artículo VI y el artículo VII del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979, así como respecto del párrafo primero de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo, en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y desestimó la cuestión en todo lo demás (párrafos primero y segundo del artículo III del Acuerdo y párrafo segundo de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990), por considerar que los preceptos legales cuestionados no vulneraban los artículos 9.3, 14, 16.3, 23.2, 24.1 y 103.3 de la Constitución.

En relación con lo analizado en la STC 38/2007, la presente cuestión suscita únicamente el problema adicional relevante de considerar la eventual vulneración por los preceptos lega-

les cuestionados de los derechos a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y a la huelga (art. 28.1 CE), invocados por el órgano judicial en el Auto de planteamiento de ésta y no en el de aquélla, siendo claro, por lo demás, que, como señala el Abogado del Estado, la expresa derogación sobrevinida de la disposición adicional segunda de la Ley 1/1990, llevada a cabo por la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación (disposición derogatoria única), no hace perder a la presente cuestión su objeto (por todas, STC 125/2003, de 19 de junio, FJ 2).

Sin embargo, el Auto de planteamiento de la cuestión no argumenta la existencia de una incompatibilidad entre el contenido de las disposiciones legales cuestionadas y los señalados derechos fundamentales a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y a la huelga (art. 28.2 CE), que fueron los que se consideraron vulnerados en el proceso a quo por la «no propuesta» del Obispado, sino que parece vincular tal vulneración a la pretendida inmunidad frente al Estado de la decisión eclesiástica, que impediría la tutela judicial de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados por la misma.

Pues bien, hemos declarado en nuestra Sentencia 38/2007, de 15 de febrero, FJ 7, que «ni el artículo III del Acuerdo sobre la enseñanza y asuntos culturales suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede, ni el párrafo segundo de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, excluyen el control jurisdiccional de las decisiones de contratación de los profesores de religión ni vulneran, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE», así como que «en el ejercicio de este control los órganos judiciales y, en su caso, este Tribunal Constitucional habrán de encontrar criterios practicables que permitan conciliar en el caso concreto las exigencias de la libertad religiosa (individual y colectiva) y el principio de neutralidad religiosa del Estado con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y laborales de los profesores», dado que «por más que haya de respetarse la libertad de criterio de las confesiones a la hora de establecer los contenidos de las enseñanzas religiosas y los criterios con arreglo a los cuales determinen la concurrencia de la cualificación necesaria para la contratación de una persona como profesor de su doctrina, tal libertad no es en modo alguno absoluta, como tampoco lo son los derechos reconocidos en el artículo 16 CE ni en ningún otro precepto de la Constitución, pues en todo caso han de operar las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional de valores y principios cifrado en la cláusula del orden público constitucional».

En consecuencia, en lo que respecta al control de constitucionalidad que delimita el objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad no podemos sino descartar que las disposiciones legales cuestionadas vulneren los invocados artículos 20.1 y 28.2 CE, sin perjuicio de las consideraciones que, en su caso, proceda efectuar en el ámbito del control concreto de los actos de aplicación de estas disposiciones legales y de su conformidad con los derechos fundamentales, que corresponde, según hemos señalado, a los órganos judiciales y, en su caso, a este Tribunal Constitucional en el marco del recurso de amparo (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 14).

Procede reiterar, por ello, el pronunciamiento efectuado en la referida STC 38/2007, de 15 de febrero, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica en ella contenida.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la Autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido

1.º Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los párrafos tercero y cuarto del artículo III, el artículo VI y el artículo VII del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979, así como respecto del párrafo primero de la disposi-

ción adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo, en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

2.º *Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.*

[Sentencia del Tribunal Constitucional 80/2007, de 19 de abril. Ponente: Don J. Rodríguez Zapata.]

F.: *Aranzadi Westlaw* RTC 2007/80.

[En un sentido similar, cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2007, de 19 de abril. F.: Aranzadi Westlaw STC 81/2007; STC 82/2007, 83/2007, 84/2007, 85/2007, 86/2007, 87/2007, 88/2007, 89/2007, 90/2007, todas ellas de 19 de abril de 2007].

F.: *Aranzadi Westlaw*.

2007-3

TRATADOS INTERNACIONALES.–Interpretación y aplicación de tratados internacionales. Acuerdo entre la República de Francia y el Reino de España sobre readmisión de personas en situación irregular, de 26 de noviembre de 2002.

Fundamentos de Derecho

Tercero [...] La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000, 72, 209), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en su artículo 3 sobre igualdad con los españoles e interpretación de las normas, señala que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (RCL 1978, 2836) en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles, así como que las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

[...]

Visto lo anterior habrá que profundizar sobre el contenido y efectos del Acuerdo entre la República de Francia y el Reino de España sobre readmisión de personas en situación irregular hecho ad referendum en Málaga el 26 de noviembre de 2002.

Este Acuerdo firmado por ambas Estados se encuadra dentro de los denominados Tratados contratos, según la clasificación doctrinal entre Tratados leyes y Tratados contratos, por el cual ambas partes intervinientes se comprometen a readmitir en su territorio sin más formalidades que las previstas en el mismo, a toda persona que no cumpla las condiciones de entrada o estancia y que provenga de la parte requerida.

Este compromiso internacional sobre readmisión, ni crea ninguna nueva figura jurídica como mantiene el Abogado del Estado, ni afecta a los derechos de los extranjeros en España que vienen regulados en nuestra legislación interna, y que debe ser interpretada conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacio-

nales sobre las mismas materias vigentes en España; sino que por el contrario, es un requisito necesario para poder proceder, en la práctica, al retorno o la devolución, según el supuesto de que se trate.

Visto lo anterior y entendiendo que los derechos que amparan las leyes españolas en relación con los extranjeros que se encuentren irregularmente en nuestro país, no se encuentran afectados por el citado Acuerdo y que de la documentación que obra en autos es manifiesto que la recurrente no gozó del derecho de asistencia letrada, lo que es contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, procede la estimación del recurso.

[Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Donostia-San Sebastián, núm. 133/2007, de 5 de junio. Ponente: Sra. D.^a María del Carmen Marced Cañete].

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-4

TRATADOS INTERNACIONALES.–Interpretación y aplicación de tratados internacionales.

Fundamentos jurídicos

Segundo. Son datos fácticos a tener en cuenta para la resolución del presente contencioso, los siguientes: don Felipe, Funcionario Internacional adscrito al Cuartel General Subregional Conjunto Sudoeste de la OTAN en Retamares (Madrid) interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del TEAC de fecha 27 de julio de 2005, resolutoria de una reclamación económico administrativa interpuesta contra el acuerdo de fecha 28 de marzo de 2005 del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales, que resolvía un recurso de reposición interpuesto contra acuerdo anterior de fecha 17 de febrero de 2005 por el que no se le autorizaba la exención del Impuesto sobre Hidrocarburos para los carburantes adquiridos por él, miembro español de un Cuartel de la OTAN, situado en Pozuelo de Alarcón, para vehículos no oficiales.

Tercero. (...) La parte recurrente en su demanda hace mención a la primacía de la norma internacional sobre el derecho interno, refiriéndose al Acuerdo España-OTAN de 28 febrero 2000 (RCL 2000, 1151), artículo 14.2.g) y suplica que se estime la demanda en todos sus términos y se revoque la resolución recurrida por no ajustada a Derecho y se reconozca por la AEAT el derecho a la exención de los Impuestos Especiales sobre carburantes que establece el citado artículo 14.2.g) del Acuerdo Complementario de 28 febrero 2000 citado. El Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda se opuso a su estimación. (...)

Quinto. La fuerza que ha solicitado la exención y que le fue concedida por acuerdos de 5 y 8 de noviembre de 2002, se trata de personal adscrito al Cuartel General Aliado y que pertenezca a las Fuerzas Armadas de Tierra, Mar o Aire de cualquier Estado parte del Tratado del Atlántico Norte. No queda condicionada tal concesión a que los solicitantes, pertenezcan a las fuerzas armadas de Tierra, Mar o Aire de cualquiera de los Estados Parte del Tratado, con tal que las mismas no sean españolas. Ello es así por las siguientes razones.

El Protocolo de fecha 28 de agosto de 1952 (RCL 1995, 2641 y RCL 1996, 909) firmado en París, ya no se refiere al Estatuto de las Fuerzas de la OTAN en misiones en otros Estados miembros, se refiere al Estatuto de los Cuarteles Generales Militares Internacionales establecidos en cumplimiento del Tratado del Atlántico Norte, razonándose en el mismo que: Considerando que en sus territorios pueden establecerse Cuarteles Generales Militares Internacionales, se están refiriendo en los Estados Partes, mediante acuerdos separados... y

deseando definir en el siguiente Protocolo el Estatuto de dichos Cuarteles Generales y del personal de los mismos dentro de la zona del Tratado del Atlántico Norte.

Por eso, se procede en el artículo 1 del Protocolo, a definir que se entiende por Convenio, que es el firmado el 19 de junio de 1951. Se define que entiende por Cuartel General Aliado, en el artículo 1.b) y en el artículo 2.º se fija el ámbito de aplicación territorial cuando dice que: Con sujeción a las siguientes disposiciones del presente Protocolo el Convenio será aplicable a los Cuarteles Generales Aliados, situados en el territorio de una parte en el presente Protocolo en la Zona del Tratado del Atlántico Norte así como al personal militar y civil de dicho Cuartel General, incluidos en las letras a), b) y c) del párrafo 1.º del artículo 3.1 del presente Protocolo cuando dicho personal se encuentre presente en cualquiera de dichos territorios en relación con sus funciones oficiales o en el caso de las personas dependientes de las funciones oficiales de su cónyuge o progenitor.

Es decir el límite territorial de aplicación del Protocolo, puede ser el territorio de cualquier Estado parte, sin distinción. El límite subjetivo, fuerza o elementos de la fuerza a los que se va aplicar el Estatuto es el que define el propio Protocolo. (...)

Es decir realiza una interpretación de que debe entenderse por FUERZA cuando se aplica el Protocolo. De forma que cuando trata de aplicar el Protocolo, o el Convenio, o sus Normas de aplicación en cada Estado Parte, a los militares adscritos a un Cuartel General, suprime el requisito exigido para la Fuerza en general recogida en el Convenio, que no se trate fuerzas armadas nacionales españolas. Y ello es así, puesto que se trata de un supuesto diferente al recogido en el Convenio de 1951, en éste, se trata de la FUERZA integrada por fuerzas armadas pertenecientes a los Estados Parte que se ha ordenado estén en territorio de otro Estado Parte y en el Protocolo se refiere únicamente a las fuerzas armadas de cualquier Estado Parte que esté adscrito a un Cuartel General. Se encuentre ubicado, donde se encuentre ubicado.

Así lo entiende el propio Acuerdo entre el Reino de España y el Cuartel General Supremo de la OTAN de fecha 28 de febrero de 2000, cuando determina que debe entenderse por Convenio, el de 19 de junio de 1951, y por Protocolo el 28 de agosto de 1952.

Cuando define a los miembros de la Fuerza, por Fuerza entiende la definición que da el Protocolo de 28 de agosto de 1952, siempre que la fuerza esté destinada o adscrita a un Cuartel General.

Es decir se entiende por miembros de la Fuerza el personal adscrito al Cuartel General Aliado y que pertenezca a las Fuerzas Armadas de tierra, mar o aire de cualquier Estado Parte del Atlántico Norte, cualquiera que sea su nacionalidad, cualquiera que sea el territorio, pero que pertenezca a un Estado Parte.

Cuando quiere excluir a los miembros de la fuerza que son nacionales del Estado Parte en que se encuentran los miembros de la fuerza, lo especifica expresamente (...)

La cuestión hoy debatida se concreta en el artículo 14.2.g) que establece la exención de impuestos por el consumo de alcohol, tabaco y carburantes a los miembros y las personas dependientes que gozarán de exención de derechos e impuestos respecto de cantidades razonables de tabaco, bebidas alcohólicas y carburante de conformidad con las cifras convenidas en el CC (LEG 1889, 27).

Es decir, vuelve a establecerse el término «miembro» de la fuerza para que, quien tenga dicha condición, pueda gozar de la exención referenciada. Y no se puede olvidar, que estamos interpretando y aplicando el Acuerdo de aplicación del Protocolo de 28 de agosto de 1952 que regula el Estatuto de los Cuarteles General y del personal destinado o adscrito a ellos, y que como tales se entiende a los comprendidos en la definición recogida en el artículo 3.1.a) del Protocolo.

Por tanto para poder gozar de la exención del carburante se requiere tener la condición de miembro de la fuerza entendiendo por tal el personal adscrito al Cuartel General Aliado y

que pertenezca a las Fuerzas Armadas de tierra, mar o aire de cualquier Estado Parte del Tratado del Atlántico Norte.

Sexto. (...) En definitiva, aplicando el anterior razonamiento al caso contemplado en el presente recurso contencioso-administrativo nos encontramos que para poder gozar de la exención se requiere tener la condición de miembro de la fuerza, entendiendo como tal el personal adscrito al Cuartel General Aliado y que pertenezca a las Fuerzas Armadas de tierra, mar o aire de cualquier Estado Parte del Tratado del Atlántico Norte. (...)

En este caso el actor, miembro destinado en el Cuartel General Subregional Conjunto Sudoeste de la OTAN en Retamares (Madrid), al concurrir los requisitos anteriores goza de ese beneficio de la exención del Impuesto sobre Hidrocarburos para vehículos no oficiales, por lo que en consecuencia procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo.

[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 21 de mayo de 2007. Ponente: Sra. D.ª Ana Isabel Resa Gómez].

F.: Aranzadi (Westlaw), JT/2007/724.

[En un sentido similar, **Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 3 de mayo; Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 4 de mayo].**

F.: Aranzadi (Westlaw),

II. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

2007-5

EFICACIA DIRECTA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO INTERNO.—Violación del Convenio de Viena sobre relaciones consulares. Efectos en el ordenamiento interno. Efecto no invalidante. Responsabilidad internacional. Jurisprudencia internacional.

Fundamentos jurídicos

Primero. Actuada por la Administración la potestad de policía prevista en el artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que permite denegar el acceso al territorio español en supuestos en que, como es el caso, el extranjero que pretende la entrada se halla desprovisto de los documentos oportunos, se interpuso recurso contencioso-administrativo resuelto en sentencia atacada ahora exclusivamente con base en un solitario argumento: la no comunicación a la autoridad diplomática o consular de país del apelante vicia de nulidad el procedimiento, por sumario y expeditivo que sea. Pues bien, sin necesidad siquiera de entrar a discutir si el apelante sufrió o no detención, debemos señalar que este Tribunal ha elaborado su propio punto de vista sobre esta cuestión, y por ello queremos reproducir la razonado —entre otras muchas— en las sentencias de 28 de junio de 2005 y 26 de mayo de 2006, recaídas respectivamente en los recursos 1225/2003 y 55/2006, donde expusimos que:

En segundo lugar, el demandante pretende extraer consecuencias anulatorias de que no se haya dado cuenta de la existencia del procedimiento a los representantes consulares de su país.

Debemos señalar que en el acuerdo de iniciación del procedimiento se hace constar que se dio cuenta del mismo al Consulado, pero al no incorporarse la notificación correspondiente, no sabemos si se trata de un simple cláusula de formulario.

Aun en el peor de los casos, este Tribunal considera que, aunque fuese cierta la marginación del Consulado, tal circunstancia no produce efectos invalidantes de la resolución adoptada –en la medida en que no puede demostrarse que la omisión hubiera alterado el sentido o determinado otra resolución de distinto signo– sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera generarse en el plano de la responsabilidad internacional del Estado. Consideramos que esta interpretación es conforme, aparte de con los principios informadores del procedimiento sancionador, con los precedentes judiciales en la materia –y nos referimos a los precedentes de más lato nivel–, principalmente la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 2001 dictada en el caso Lagrand, sobre asistencia consular y eficacia de la Convención de Viena de 24 de abril de 1963 sobre Relaciones Consulares.

SEGUNDO.–Por tanto, procede desestimar el recurso y hacer expresa imposición de las costas a la parte apelante conforme a lo dispuesto por el artículo 139.2 de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación formulado por Andrés contra la sentencia de 10 de junio de 2006 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de los de Algeciras, haciendo expresa imposición de las costas de la apelación a la apelante.

[Sentencia TSJ Andalucía, Sevilla, núm. 225/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 16 de febrero de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral].

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2007/238993.

Nota: En un momento en el que tristemente parece reabrirse de nuevo la controversia en torno a la naturaleza y el alcance de las obligaciones recogidas en el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares (Solicitud de interpretación de la sentencia de 31 de marzo de 2004 sobre Avena y otros nacionales mexicanos, de 5 de junio de 2008), la sentencia objeto de la presente nota y las referencias incluidas en ésta son fiel reflejo de que nuestros tribunales no son ajenos a una visión que, habiendo sido puesta de manifiesto de forma reiterada por los Estados Unidos de América en una pluralidad de asuntos que adornan su reciente historia ante la Corte Internacional de Justicia, tiende a defender una inexplicable voluntad de vaciar de buena parte de su contenido al citado Convenio. Esta actitud, basada en una concepción insosteniblemente dualista de las relaciones entre los ordenamientos internacional e interno, se materializa en una interpretación retorcida cuando no en una desconsideración absoluta de la jurisprudencia de la propia CIJ.

No son pocas las cuestiones de índole jurídica que se encierran detrás de la aparente simplicidad de lo expresado en esta sentencia. Los argumentos en ella reflejados recuerdan en mucho a los desplegados por la delegación norteamericana ante la Corte en los asuntos Lagrand y Avena, tendentes a supeditar los derechos recogidos en dicha convención a la prueba de la potencial efectividad que pudieran haber llegado a tener en caso de haber sido reconocidos en tiempo y forma, cuando no a despojar de toda utilidad a dichos derechos (Asunto Lagrand, sentencia de 27 de junio de 2001, par. 73). Más allá del caso concreto, lo sugerido en la sentencia proyecta una concepción en torno a la relación entre los ordenamientos internacional e interno de los Estados que no deja de ser cuestionable. Por una parte, transitando de lo general a lo particular, nos coloca ante el dilema de enfrentar dos concepciones encontradas que intentan

explicar tal relación entre ordenamientos como son la concepción dualista y la concepción monista, hoy superadas en sus manifestaciones más extremas (GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., y ANDRES SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, 4.^a ed. Revisada, Madrid 2008, pp. 323 y ss.); además, nos plantea el problema de la eficacia directa del Derecho internacional y, más concretamente, el de las sentencias internacionales en los ordenamientos internos (RUILOBA SANTANA, E., *Eficacia de las Sentencias Internacionales en el Orden Interno de los Estados*, Jurídica, 1973, pp. 633 y ss.); para, finalmente, enfrentarnos a la realidad de la naturaleza y el alcance de los derechos recogidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 y al entendimiento que de ella ha podido hacer la Corte Internacional de Justicia.

Renunciando a abordar en este espacio cuestiones tan extensas como las dos primeras aquí planteadas, que darían para sendas monografías, y centrandó este comentario en la última de ellas, la naturaleza y el alcance de los derechos recogidos en el artículo 36 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, a expensas de lo que la Corte pueda llegar a dictaminar en la ya citada solicitud de interpretación de la sentencia Avena, parecían haber quedado suficientemente claros tras los dos últimos pronunciamientos de la CIJ (Lagrand y Avena). En vista de ello no deja de sorprender que la remisión efectuada por el tribunal español en su sentencia a la jurisprudencia de la CIJ, además de omitir toda referencia al asunto Avena, último ejemplo de la labor interpretativa de dicha Corte respecto del tema en cuestión, efectúe una lectura de la misma tan parcial y, a nuestro juicio, descaminada.

De ambos fallos no es posible concluir sino que la violación de los derechos recogidos en la Convención de Viena de ningún modo dependen de la demostración de que la omisión de la obligación de informar hubiera alterado el sentido de la decisión o determinado otra resolución de distinto signo, como parece desprenderse de lo expresado por el tribunal español. Dicho argumento, además de suscitar un abierto desacuerdo por parte de la Corte (Asunto Lagrand, sentencia de 27 de junio de 2001, par. 74) nos llevaría a la situación de poner la carga de la prueba sobre la víctima de la violación, además de suponer la exigencia de probar algo que es difícilmente constatable pues a lo más que pudiera llegarse, como ya se encargara de subrayar interesadamente la delegación norteamericana, es a una mera «especulación» (Asunto Lagrand, sentencia de 27 de junio de 2001, par. 73).

Tampoco consideramos acertada la conclusión de que, en cualquier caso, la violación de dicha norma internacional no pueda llegar a producir efectos invalidantes sobre la resolución adoptada, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera generarse en el plano de la responsabilidad internacional del Estado, pues ello, además de constituir la plasmación de una concepción extremadamente dualista difícilmente congeniable con los principios de coherencia y primacía del Derecho internacional, supondría, por una parte, una dejación absoluta por parte de los tribunales internos del Estado respecto a la aplicación y sanción de las normas internacionales a las que esté obligado dicho Estado y, por otra parte, supondría, a su vez, abocar a los individuos afectados por dichas violaciones a la única reparación que pudiera dárseles en un ordenamiento, el internacional, en el que en la mayor parte de las ocasiones carecen de un *ius standi* propio.

Así las cosas, conviene recordar que tanto de la sentencia Lagrand, citada por el propio órgano jurisdiccional, como de la sentencia Avena y otros nacionales mexicanos queda evidenciado que del artículo 36 del Convenio de Viena, además de obligaciones y derechos para los Estados signatarios, se derivan derechos individuales respecto de los particulares que puedan sufrir su incumplimiento (Asunto Lagrand, párrafo 77; Asunto Avena, párrafo 40), entendiéndose, por tanto, que la no observancia de los mismos supondría que su derecho al recurso de un debido proceso se ve cercenado. En este sentido, se ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos con ocasión de su *Opinión Consultiva sobre el derecho a ser informado en torno a la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso* (OC-16/99

CIDH, de 1 de octubre de 1999, par. 141.7), afirmando que su inobservancia afectaría directamente a las garantías del debido proceso legal y, subrayando que tal actitud en circunstancias relativas a la imposición de penas de muerte, constituiría una violación a no ser privado de la vida arbitrariamente. Si bien no nos encontramos ante un caso de tal gravedad, las conclusiones extraídas al respecto de la violación del derecho al debido proceso legal siguen estando vigentes respecto del caso que nos ocupa, máxime si somos conscientes de la gravedad a la que pueden verse enfrentados los nacionales extranjeros a los que como consecuencia de la denegación de la entrada al país se les aboca a retornar a su país de procedencia.

En esta línea, al contrario de lo que parece desprenderse de la sentencia extractada, los tribunales internos no sólo pueden sino que deberían determinar toda violación de normas internacionales que se den en su ordenamiento interno, al menos en aquellos casos en los que tales violaciones afecten a derechos individuales reconocidos por el Derecho internacional a los particulares frente a la acción del Estado. Teniendo incluso que considerar si las mismas se han llegado a materializar y, en su caso, determinando la reparación que a las mismas deba de dárseles, eso sí, siempre de acuerdo con las posibilidades que puedan encontrar en el propio ordenamiento interno (NOLLKAEMPER, A., «Internationally Wrongfull Acts in Domestic Courts», *AJIL*, vol. 101, 2007, pp. 767 y ss.).

Llegados a este punto, dos son las objeciones que puede hacerse a lo antedicho: el hecho de que no pueda hablarse de violación internacional alguna en tanto no se haya puesto fin a todos los recursos internos que estén en disposición y el hecho de la imposibilidad de que un tribunal interno prejuzgue situaciones que todavía no han sido decididas en el ordenamiento internacional.

En el primero de los casos, eso parece desprenderse de la determinación de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Avena*, cuando afirma la sola violación de los derechos de aquellos ciudadanos mexicanos sobre los que las sentencias recaídas fueran firmes y definitivas (*Avena*, sentencia de 31 de marzo de 2004, pars. 113 y 114). Sin embargo, esta condición del agotamiento de los recursos internos se trata de una regla bien establecida de Derecho consuetudinario que ha tenido siempre como fundamento el que desde el propio ordenamiento interno se pueda poner remedio a las violaciones sin la necesidad del recurso a los órganos jurisdiccionales internacionales (Asunto *Interhandel*, C.I.J. *Recueil* 1959, p. 27). Consideramos que es en este sentido y no en otro que debe entenderse lo dictaminado por la CIJ. Es necesario subrayar que dicha condición se estructura de forma general como un requisito previo para la admisibilidad de las demandas de protección diplomática, se trata por tanto de un requisito procesal y, en el caso que nos ocupa, no debería entenderse en el ordenamiento interno como un elemento constitutivo del ilícito internacional, pues éste claramente puede materializarse/cometerse incluso con anterioridad al acceso a los tribunales internos de los propios Estados (NOLLKAEMPER, A., «Internationally Wrongfull Acts in Domestic Courts», *AJIL*, vol. 101, 2007, p. 773). Así sucede tanto en los asuntos *Lagrand* y *Avena* como en el presente caso, en el que nos encontramos ante un acto administrativo que pudiera acarrear detención o arresto de algún tipo en base a una resolución de la Dirección General de la Policía que da pie al subsiguiente proceso ante los órganos jurisdiccionales del Estado.

En el segundo de los casos, por su parte, dicha objeción podría defenderse en aquellos casos en los que la determinación del ilícito pudiera recaer sobre un Estado diferente al del foro, sin embargo, en el caso de que dicha determinación esté dirigida hacia la actuación de los propios órganos del Estado nada podría objetársele, pues no se trata en dicho caso sino de la determinación de un ilícito en base a normas internacionales que, vigentes en el Estado del foro y, por tanto, habiendo sido incorporadas al Derecho interno, no hacen sino regular las actuaciones de dichos órganos.

En definitiva, en aquellos casos en los que ante los tribunales internos de los Estados estén en juego derechos individuales reconocidos por el ordenamiento internacional frente a los

Estados, es obligación de dichos tribunales no sólo determinar la existencia de dicha violación, sino proceder a la reparación de la misma. Todo ello siempre y cuando dichos tribunales puedan constatar que la violación ha sido materializada con anterioridad al acceso a los propios órganos jurisdiccionales, como es el caso que nos ocupa.

Finalmente, de acuerdo con lo dictaminado por la CIJ en los asuntos Lagrand y Avena, el Estado que viola los derechos individuales derivados del artículo 36.1 de la Convención se encontraría obligado a dar reparación a dicha violación. Reparación que viene determinada por la necesidad revisar y reconsiderar las condenas o actos normativos emitidos en violación de tales derechos, cuestión que nos lleva a pensar que podría llegar a suponer la invalidez del acto en cuestión, si bien es cierto que tal efecto no puede ser derivado de forma automática. Esta reparación procesal en cualquier caso, no puede sino darse en el seno del ordenamiento interno del Estado y, además, dicha reparación debería extenderse al conjunto de los procedimientos jurisdiccionales y no a un solo estadio de los mismos, estadio que en el caso de los asuntos Lagrand y Avena se defendía debía de ser mediante el procedimiento de clemencia (BIANCHI, A., «Internacional Law and US Courts: The Myth of Lohengrin Revisited», *EJIL*, 15, 2004, p. 770). Dicha reparación, en ningún caso podrá ser meramente procesal sino que tiene que constituir una reparación sustantiva de la violación. Y ello pese a que tanto en el asunto Lagrand como especialmente en el asunto Avena la Corte decidiese que era el propio Estado quien debía elegir el medio a través del cual debía llevarse a cabo tal revisión o reconsideración. Este extremo no debe de entenderse sino como una deferencia al ordenamiento interno basada en consideraciones de subsidiariedad, al ser dicho ordenamiento el más adecuado, cuando no el único, para vehicular la reparación. En cualquier caso, un incumplimiento de dicho deber de reparación conllevaría nuevamente la violación de las obligaciones del Estado para con el Derecho internacional y su consiguiente responsabilidad internacional (NOLLKAEMPER, A., «Internationally Wrongfull Acts in Domestic Courts», *AJIL*, vol. 101, 2007, pp. 786 y ss.).

ÓSCAR ABALDE CANTERO

III. ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO

2007-6

ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO.—Condición jurídica de los habitantes de los territorios no autónomos. Adquisición de nacionalidad: saharai. Concepto de «territorio nacional» o «territorio español».

Fundamentos de Derecho

Cuarto (...)

La idea conductora para un correcto entendimiento del problema que nos ocupa es que la expresión territorio español se emplea en el derecho positivo en una doble acepción: una acepción amplia, queriendo hacer referencia a todos aquellos espacios físicos que están bajo la autoridad del Estado español y sometidos a sus leyes; esta acepción incluye las «posesiones»; y una acepción restringida, que es la que, si se quiere hacer precisión, debemos llamar «territorio nacional» propiamente dicho, y del que quedan excluidos las colonias, las posesiones, y los protectorados.

R.E.D.I., vol. LX (2008), 1

Cierto es –y el recurso de casación que aquí debemos resolver así lo demuestra– que los textos legales no siempre matizan la distinción entre las expresiones «territorio español» y «territorio nacional», pese a que, sólo diferenciándolas, es posible entender el sentido de esos textos.

Siendo –como es– el territorio el ámbito espacial sobre el que el Derecho internacional reconoce soberanía al Estado, el llamado territorio metropolitano es un espacio vinculado, infungible, inalienable, imprescriptible, esencial (por cuanto pertenece al ser del Estado, a aquello sin lo que un determinado Estado no sería el que es), y cuya integridad, precisamente por todo ello, se protege específicamente, con protección reforzada además. Por contra, el territorio colonial es un territorio de libre disposición, fungible, alienable, prescriptible, accidental (no esencial), protegido con protección ordinaria, cuantitativamente valorable por cuanto se le puede tomar (y de hecho se le toma) como magnitud física (remitiendo por ello a ideas concretas y hasta, en su caso, groseramente crematísticas).

Pues bien, Guinea, Ifni, y Sahara eran territorios españoles que no formaban parte del territorio nacional. Y porque esto era así es por lo que no se quebrantaba la integridad del territorio nacional por la realización de aquellos actos jurídicos y políticos que determinaron la independencia de Guinea (que hasta ese momento fue una dependencia de España), la cesión o, si se quiere, la «retrocesión» de Ifni a Marruecos, y la iniciación del proceso de autodeterminación del Sahara.

Y es que solamente puede considerarse «territorio nacional» aquel que, poblado de una colectividad de ciudadanos españoles en la plenitud de sus derechos, constituye una unidad administrativa de la Administración local española –en su caso, de parte de una de ellas– y que, cualquiera que sea su organización, no goce de otra personalidad internacional ni de otro derecho de autodeterminación que el que a la nación corresponda como un todo.

Repetimos: el Sahara español –y otro tanto ocurría con Ifni y Guinea ecuatorial– era, pese a su denominación provincial, un territorio español –es decir: un territorio sometido a la autoridad del Estado español– pero no era territorio nacional.

Y es que –como ahora vamos a ver– la «provincia» tiene en derecho colonial un significado muy distinto del que tiene en la legislación de Régimen local. La «provincialización» de Guinea Ecuatorial, de Ifni y del Sahara no constituía una especialidad del régimen local español sino algo bien distinto: un perfeccionamiento del Régimen colonial, una etapa en el camino hacia la descolonización, que permitió el establecimiento de estructuras políticas modernas. Y en este sentido hay que decir que la llamada «provincialización» de esas colonias españolas no fue una técnica de asimilación política, sino un instrumento de mejor organización administrativa con vistas a la «promoción del bienestar de sus habitantes impulsando el adelanto en todos los órdenes de la vida y aceptando el encargo sagrado de asegurar su futuro» (Exposición de motivos de la Ley de la Jefatura del Estado, de 20 de diciembre de 1963, de Bases sobre régimen autónomo en Fernando Poo, y Río Muni). No se trataba, pues, de especialidad, sino de heterogeneidad. Y debemos hacer notar que ese decreto de 1958 era insuficiente para crear una verdadera provincia. Y es que convertir una colonia en provincia supone alterar el territorio nacional y toda alteración –sea en más o en menos– del territorio nacional exige intervención de las Cortes, y ello tanto conforme al derecho hoy vigente como según el derecho de la época a que aquélla «conversión» se produjo (art. 9, LO del Estado de 1967 y el art. 14, 1 de la Ley de Cortes). Certo es que respecto de Guinea se dictó la Ley de 30 de julio de 1959, y respecto del Sahara, la Ley de 19 de abril de 1961 (RCL 1961, 577); pero ni una ni otra Ley son convalidatorias de aquella provincialización, pues se limitaban a «estructurar la organización y régimen de gobierno» de unas entidades administrativas, cual las citadas, que eran ya existentes desde el decreto de 21 de agosto de 1956 al que hace referencia el decreto de 4 de julio de 1958 invocado por el recurrente.

[Sentencia TSJ Comunidad de Madrid núm. 716/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª), de 27 de junio de 2007. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Inés Huerta Garitano].

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, RJCA 2007/737.

En este mismo sentido:

[Sentencia TSJ Comunidad de Madrid núm. 584/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª), de 30 de mayo de 2007. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Inés Huerta Garitano].

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR 2007/268633.

[Sentencia TSJ Comunidad de Madrid núm. 583/2007, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª), de 30 de mayo de 2007. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Inés Huerta Garitano].

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, RJCA 2007/514.

[Sentencia TSJ Castilla y León núm. 119/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 2 de marzo de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Alonso Millán].

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR 2007/216113.

IV. DERECHO DEL MAR

2007-7

ESPACIOS MARÍTIMOS.–Interceptación por parte de las autoridades españolas, en alta mar o en zona económica exclusiva, de buques sin pabellón. Reconocimiento de la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, por aplicación de normativa internacional.

Fundamentos jurídicos

Primero. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria ha declarado la falta de jurisdicción de dicho Tribunal para conocer de los hechos imputados a los acusados a Agustín, Benedicto, Evaristo y Juan Pedro detectados a unas 58 millas al sur de la isla de Gran Canaria, cuando navegaban en una embarcación tipo «cayuco» con treinta y tres inmigrantes de origen subsahariano a bordo, procedentes de la costa africana.

El Tribunal de instancia ha fundado su decisión en que la norma contemplada en el artículo 23.4 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), que establece en nuestro Derecho el principio de jurisdicción universal para determinados delitos, no es de aplicación al caso, así como tampoco lo son los principios de territorialidad y personalidad. (...)

Cuarto. En referencia ya al caso objeto de la presente causa, hemos de tener en cuenta:

1.º Que la inmigración ilegal constituye actualmente uno de los problemas más relevantes de la Comunidad internacional, que de ordinario guarda una relación muy próxima con la

denominada *Delincuencia Organizada Transnacional*, por lo que ha sido objeto de acuerdos y convenios internacionales como es el caso de la Convención de 15 de noviembre de 2000 (RCL 2003, 2326) (ratificada por España mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002), BOE de 29 de septiembre de 2003 (ratificado por instrumento de 21 de febrero de 2002, BOE de 10 de diciembre de 2003 [RCL 2003, 2864]), junto con el «Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire», que complementa la citada Convención, cuya finalidad no es otra que «promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional» (vide art. 1 de la Convención).

2.º Que el citado Protocolo establece que «los Estados parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar, de conformidad con el Derecho internacional del mar» (vide art. 7) y determina que «todo Estado que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de inmigrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad, podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el Derecho interno e internacional, según proceda» (vide art. 8.7).

3.º Que la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (RCL 1997, 345) (BOE de 14 de febrero de 1997, núm. 39/1997), determina que «la alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral», y que «se ejercerá en las condiciones fijadas por esta Convención y por las otras normas de Derecho internacional» (vide art. 87.1), precisando que «cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho a enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque» (vide art. 91.1).

4.º Que la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 (RCL 1971, 3206) (BOE de 27 de diciembre de 1971, núm. 309/1971), dice que «se entenderá por «alta mar» la parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado» (vide art. 1), y declara que «estando la alta mar abierta a todas las naciones, ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía» (vide art. 2). «Todos los Estados, con litoral o sin él, tienen derecho de que naveguen en alta mar los buques que enarboles su bandera» (vide art. 4). Además, se previene que «el Estado ribereño fomentará la creación y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz, en relación con la seguridad en el mar» (vide art. 12.2).

De cuanto queda expuesto, se desprende: a) que el derecho de libre navegación por alta mar se reconoce a los Estados y se ejercerá en las condiciones fijadas por las Convenciones internacionales y demás normas de Derecho internacional; b) que, entre esas condiciones o exigencias figura la de que los buques tendrán la nacionalidad del pabellón que estén autorizados a enarbolar, y, en principio, estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado («el buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad» [vide art. 92.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982]).

En el presente caso, nos encontramos con un buque sin nacionalidad (como de ordinario lo son las pateras y los cayucos utilizados para este tipo de actividades ilícitas). La navegación con este tipo de embarcaciones es realmente peligrosa para las personas que las utilizan. En el caso de autos, el Ministerio Fiscal acusó a los supuestos responsables de la operación abortada de un delito del artículo 318 bis, apartados 1.º y 3.º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y

RCL 1996, 777), por estimar que los ocupantes del cayuco corrían grave riesgo para sus vidas, ya que carecían tanto de medios de comunicación exterior como de chalecos salvavidas (los medios de comunicación dan cuenta con no escasa frecuencia de personas que pierden la vida en este tipo de operaciones), razón por la cual hubo de intervenir una embarcación del Servicio de Salvamento Marítimo español, que rescató a los inmigrantes y los trasladó a la costa española. Consiguientemente, los presuntos responsables de la operación de inmigración ilegal quedaron en territorio español, al que, de modo indudable, se dirigía el cayuco intervenido.

El hecho de la operación de inmigración ilegal organizada para penetrar clandestinamente en territorio español es patente. Tal conducta constituye un delito grave, al estar penada con prisión de seis a ocho años (vide art. 318 bis 1.º y 3.º CP y art. 2.b) de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000). La embarcación utilizada carecía de nacionalidad. No consta que ningún Estado haya reclamado el conocimiento de este hecho. Los presuntos responsables –al menos una parte de ellos (los que viajaban en el cayuco)– se encontraban en territorio nacional. Existe, en todo caso, un evidente lazo de conexidad entre el hecho objeto de esta causa y los intereses nacionales. Concurren, pues, en el presente caso, un conjunto de circunstancias que, de acuerdo con las normas y principios de Derecho internacional ya expuestos, especialmente el artículo 23.4.h) LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) en relación con el artículo 8.7 Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire anteriormente transcrito, dotan de cobertura a esta atribución jurisdiccional, posibilitan la adopción de medidas conforme al Derecho interno, entre ellas la incoación del oportuno atestado por las Fuerzas de Seguridad, y justifican sobradamente el conocimiento del presente caso por los órganos jurisdiccionales españoles.

Procede, en conclusión, la estimación del motivo de casación formulado por el Ministerio Fiscal, con la lógica consecuencia de anular la sentencia recurrida y remitir las actuaciones al Tribunal de que proceden para que por el mismo se dicte la sentencia que proceda sobre las acciones penales deducidas en la presente causa por el Ministerio Fiscal.

Fallo

Que estimando el recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal, casamos y anulamos la sentencia recurrida, dictada en esta causa por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, el veintiséis de octubre de dos mil seis (PROV 2007, 8043), y declaramos de oficio las costas procesales.

En su consecuencia, declaramos que los hechos denunciados son competencia de la jurisdicción española; devuélvanse las actuaciones al Tribunal de que proceden para que por el mismo Tribunal que dictó la resolución recurrida, que anulamos, dicte nueva sentencia sobre las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas.

[Sentencia del Tribunal Supremo núm 618/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 26 de junio. Ponente: Sr. D. J. Sánchez Melgar].

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ/2007/3730.

[En el mismo sentido, STS núm 554/2007, de 25 de junio; STS núm. 561/2007, de 15 de junio; STS núm. 582/2007, de 21 de junio; STS núm. 628/2007, de 21 de junio].

F.: Aranzadi (Westlaw).

2007-8

ESPACIOS MARÍTIMOS. ABORDAJE EN ALTA MAR DE BUQUE EXTRANJERO. Supuesto de tráfico ilícito de estupefacientes.*Fundamentos jurídicos*

Séptimo. En el siguiente, acogiéndose también al artículo 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y 852 LECrim (LEG 1882, 16), estima vulnerado el artículo 24 CE (RCL 1978, 2836) que garantiza la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso público con todas las garantías en relación a la presunción de inocencia, «ex» artículo 18.2 CE y 11.1 LOPJ y 561 LECrim.

1. *En esta queja se ataca la irregularidad del abordaje practicado en la embarcación Poseidón y con ella la falta de validez de la prueba de cargo integrada por los efectos intervenidos. Invoca los convenios y tratados internacionales, especialmente la Convención de 29 de abril de 1958 (RCL 1971, 2306) sobre Alta Mar (art. 6.1 y 11.1), en la que se establece el carácter excepcional y restrictivo de las Jurisdicciones ajenas a la del pabellón de la embarcación que navega en alta mar, así como el artículo 17.3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 (RCL 1990, 2309). En el ámbito de la legislación española cita el artículo 561 LECrim que reputa incumplido por falta de autorización del Cónsul venezolano en la práctica del abordaje al Poseidón.*

Se apoya en la comunicación negativa del Consulado de Venezuela en Vigo, el cual no libró ninguna autorización para efectuar este tipo de operación.

Por último, hace notar que la autorización procedente del Comandante de Guardacostas de la Armada de Venezuela, en su apartado 4.º, se realiza y se establece una reserva de aquella jurisdicción sobre el buque, su tripulación y los bienes a bordo.

2. *Dos aspectos o cuestiones se coligen de este motivo, ninguno de los cuales se fundamenta en argumentos adecuados: aplicabilidad del artículo 561 LECrim y eficacia de la limitación contenida en el apartado 4.º de la autorización del Comandante de Guardacostas de la Armada de Venezuela.*

Respecto a la autorización consular, prevista en el artículo 561 LECrim, es patente su inaplicabilidad al caso de autos. En tanto forma parte de la legislación interna española sus previsiones alcanzan a los buques extranjeros que se hallen en aguas jurisdiccionales españolas. Hallándose en aguas internacionales el juez cumplió con obtener el beneplácito de la autoridad nacional venezolana.

A su vez, no puede prevalecer ningún condicionamiento en la autorización que contradiga los tratados internacionales que vinculan a Venezuela y a España ni la Ley penal española y las consecuencias derivadas de su imperativa aplicación, por cuanto, de conformidad al artículo 23 LOPJ, que proclama el principio de justicia mundial, España, en sintonía con los convenios internacionales por ella suscritos, posee competencia penal plena para el conocimiento de estos hechos y ello lo es con todas las consecuencias legales.

De ahí que sean las normas orgánicas, penales y procesales españolas las aplicables. La cláusula limitativa podrá surtir efectos respecto a otros países cuya legislación procesal o penal lo consienta, y la propia legislación española podría respetar la cláusula limitativa para el caso de ser susceptible de armonizar con la imperativa aplicación de la legalidad penal vigente en España.

Por todo ello el motivo debe decaer.

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 406/2007, de 4 de mayo. Ponente: Sr. D. José Ramón Soriano Soriano].

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ/2007/3271.

[En un sentido similar, cfr. STS núm. 209/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 9 de marzo. Ponente: Sr. D. F. Monterde Ferrer].

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ/2007/1929.

V. ASILO Y REFUGIO

2007-9

ASILO.-Reconocimiento.*Fundamentos de Derecho*

Primero. Se impugna en este recurso de casación núm. 8558/2003 la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 8.ª) dictó en fecha 17 de junio de 2003, y en su recurso contencioso-administrativo núm. 775/2002 (PROV 2006, 218039), por medio de la cual se desestimó el formulado por Don Juan María y Doña Catalina, ciudadanos de Colombia, contra la resolución presunta del Ministerio del Interior que denegó su solicitud de asilo en España.

Segundo. La sentencia de instancia recoge el relato expuesto por los interesados al solicitar asilo, y razona los motivos por los que desestima el recurso promovido frente a la denegación presunta de su petición de asilo. Dice, en efecto, dicha sentencia, en cuanto ahora interesa, lo siguiente:

«Primero.—El presente recurso tiene por objeto la desestimación presunta del Ministerio del Interior a la solicitud de concesión del reconocimiento de la condición de refugiado y derecho al asilo formulada por Don Juan María y Doña Catalina.

Los solicitantes relatan que son comerciantes. Don Juan María es propietario de un establecimiento dedicado a cajas para pizzas y Doña Catalina es propietaria de un almacén de víveres y grano. Debido a sus actividades comerciales, tenían que desplazarse a las veredas y poblaciones vecinas del Departamento del Cauca para distribuir las mercancías. Dicha zona se encuentra en la zona de operaciones de la guerrilla y la contraguerrilla, cuyas actividades afectan a la población civil. Como consecuencia de dichos desplazamientos han sido abordados por miembros del ELN y requeridos coactivamente para colaborar económicamente e incluso a dar cobertura en alguna ocasión a algún miembro de dicho grupo. Abonaron en determinadas ocasiones varias sumas de dinero y albergaron en su casa a miembros del ELN, bajo amenazas. Ante dicha situación, decidieron marcharse de su casa y fueron a la de la madre de él, en Popayán. Dejaron a un señor encargado de su casa y este les contó que esta gente volvió a buscarles e intentaban localizar su paradero. Por ello decidieron salir del país. [...]».

Tercero. Contra esa sentencia ha interpuesto la parte actora recurso de casación, en el que expone un único motivo, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional (RCL 1998, 1741), denunciando la infracción del artículo 3 de la Ley de asilo (RCL 1984, 843) y el artículo 1-2 de la Convención de Ginebra (RCL 1978, 2290, 2464).

En el desarrollo del motivo, transcriben el artículo 3 de la Ley 5/1984, para añadir a continuación que han sufrido una persecución protegible, por cuanto que dada su condición social han sido sometidos a extorsión por parte de los grupos guerrilleros. Insisten en la situación social y política de Colombia, y apuntan que no se les puede exigir que arriesguen su vida hasta que el Estado colombiano les otorgue protección, del mismo modo que no se les puede exigir una prueba plena sobre los hechos alegados.

Cuarto. Estimaremos el recurso de casación, por las razones que apuntaremos a continuación.

Hemos de partir de la base de que la Administración ha mostrado en este asunto una criticable desidia, pues habiendo formulado los solicitantes su petición de asilo el día 6 de agosto de 2001, el día 7 de agosto siguiente informó el ACNUR en sentido favorable a la admisión a trámite de la solicitud, y así se acordó con fecha 8 de agosto de 2001. Pues bien, el día si-

guiente, 9 de agosto, se dio trámite de audiencia a los interesados a fin de que alegaran y presentaran los documentos y justificaciones pertinentes, y el mismo día éstos comparecieron para presentar documentación en apoyo de su petición, resultando que desde entonces la Administración no llevó a cabo trámite alguno. Posteriormente, con fecha 6 de agosto de 2002, los solicitantes presentaron un escrito de ampliación de alegaciones y aportación de nuevos documentos, pero la Administración persistió en su total inactividad, hasta que aquéllos se vieron obligados a interponer el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su solicitud.

Este dato es relevante porque frente a la coherencia y detalle del relato de los actores, respaldado por abundante documentación, no consta ni en el expediente ni en las actuaciones de instancia ningún argumento sólido por parte de la Administración en su contra. No lo hay en vía administrativa porque no consta en el expediente ningún informe que valore su solicitud, y tampoco lo hay en el recurso Contencioso-Administrativo, porque la contestación a la demanda es un mero formulario sin referencia circunstanciada alguna al caso examinado, y el escrito de oposición al recurso de casación es otro formulario igual a muchos otros presentados por la Abogacía del Estado ante esta Sala, que tampoco contiene referencias específicas a este caso.

Así las cosas, nos hallamos ante un relato coherente y ordenado, en el que se expone con precisión una persecución contra los solicitantes por causa de su condición de empresarios residentes en una zona asolada por la actividad de los grupos terroristas. Este relato viene acompañado por documentos que acreditan la situación de inestabilidad de la zona y la desprotección de sus habitantes frente a los terroristas. También aportaron copias de denuncias presentadas ante las Autoridades colombianas por causa de las amenazas recibidas por parte de esos grupos terroristas. Valorados conjuntamente todos estos documentos (cuya autenticidad y vigor probatorio no ha sido negada ni discutida por la Administración), hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/84, de 26 de marzo (RCL 1984, 843), reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son «indicios suficientes», según la naturaleza de cada caso, para deducir que los interesados cumplen los requisitos a que se refiere el artículo 3-1 de la misma.

Razón por la cual procede dar lugar al recurso de casación y revocar la sentencia impugnada y, entrando a resolver la cuestión debatida [artículo 95.2.d) de la Ley 29/98 (RCL 1998, 1741)], estimar el recurso Contencioso-Administrativo y reconocer al recurrente el derecho de asilo en España.

Por todo ello, en nombre de SM el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución

Fallamos

Que declaramos haber lugar al presente recurso de casación núm. 8558/2003 formulado por Don Juan María y Doña Catalina contra la sentencia dictada por la Sección 8.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 17 de junio de 2003 y en su recurso Contencioso-Administrativo núm. 775/2002 (PROV 2006, 218039). Y en consecuencia, (...)

3.º Reconocemos el derecho de asilo y la condición de refugiado en España a don Juan María y doña Catalina.

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 18 de enero de 2007. Ponente: Sr. D. Cancer Lalanne].

F.: Aranzadi (Westlaw). RJ 2007/2033

2007-10

ASILO.–Reconocimiento. Persecución por motivos políticos.*Fundamentos Jurídicos*

Primero. La resolución administrativa que la Sala de instancia ha considerado conforme a Derecho denegó el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo al recurrente, nacional de Georgia (...)

Quinto. La Sala de instancia no niega la realidad de los hechos en que el interesado funda su petición, es más, reconoce de la mano del informe de la Instrucción, que «el marco general en que ocurren los hechos relatados por el recurrente es verosímil a tenor de la información disponible sobre Georgia, siendo coherente con la misma».

Sin embargo, achaca a los hechos finales ser poco consistentes y presentar ciertas lagunas, derivadas principalmente de la información ocultada por el solicitante como consecuencia de la promesa de silencio que dice haber hecho.

Esta Sala, sin embargo, discrepa de esa interpretación que de los hechos hace el Tribunal de instancia, y llega a la conclusión de que el interesado tiene derecho al asilo solicitado por ser objeto de una persecución por razones políticas, y ello por las siguientes razones:

A) En primer lugar, al silencio del Sr. Jesús Carlos respecto de ciertas cuestiones (cuya naturaleza e importancia ignoramos), no puede dársele la importancia que le dieron el Sr. Instructor y la Sala de instancia. Es posible que existan razones lícitas (v.g. protección de terceras personas, no agravación de la propia persecución, etc.) que pueden justificar el silencio parcial del interesado y que no necesariamente hayan de ser contradictorias con la persecución que se alega. Lo importante, si no hay motivos para afirmar esa contradicción, no es lo que el interesado calla, sino lo que relata, es decir, que los hechos en que la solicitud se funda describan una persecución. Siendo las cosas así, se comprenderá que no toda discreción o reserva puede ser interpretada como una infracción del deber de colaborar con las Autoridades que impone al solicitante el artículo 4.5 de la Ley 5/84, de 26 de marzo (RCL 1984, 843).

B) En segundo lugar, el informe del ACNUR, antes transcrito, si bien emitido a efectos de la pura admisión a trámite, es muy explícito incluso a los efectos de la decisión final del expediente, pues afirma «que es altamente probable que el Sr. Jesús Carlos no tenga posibilidad real de regresar a Georgia, ni a la región de Abjazia ni al territorio bajo control de Georgia, sin enfrentarse a graves represalias por su supuesta orientación política que falsamente le imputarían las autoridades de ambos territorios».

C) En tercer lugar, la existencia en el expediente administrativo de un documento cuya autenticidad no ha sido cuestionada por nadie. Se trata de una comunicación oficial del fallecimiento cierto del interesado (...). Como puede comprenderse, de este solo documento nacen unos indicios suficientes para concluir que el relato del Sr. Jesús Carlos es cierto y esos indicios son, según el artículo 8 de la Ley 5/84 (RCL 1984, 843), suficientes para el otorgamiento del asilo.

Sexto. Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede hacer condena en las costas del mismo (artículo 139.2 de la Ley 29/98 [RCL 1998, 1741]), ni existen razones para hacerla respecto de las de instancia.

Por todo ello, en nombre de SM el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución. (...)

3.º Reconocemos a don Jesús Carlos el derecho de asilo en España.

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 19 de abril de 2007. Ponente, Sr. D. P. José Yagüe Gil].

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ 2007/2209

2007-11

ASILO.–Derecho de permanencia en España

Fundamentos Jurídicos

Cuarto. Ceñido, pues, nuestro examen a la alegada infracción del artículo 17.2 de la Ley de Asilo (RCL 1984, 843), hemos de estimar el motivo.

El actor basa su petición de aplicación de aquel precepto en la conflictiva situación de su país de origen así como en las especiales circunstancias de su llegada a España, explicitadas en el informe que emitió en el curso del expediente la Asociación Comisión Católica Española de Migración, y, ciertamente, esas circunstancias permiten acceder a lo solicitado.

Hemos de tener en cuenta que el propio instructor del expediente, al emitir el informe desfavorable a la concesión del asilo, ya valoró positivamente lo dicho por la Asociación Comisión Católica Española de Migración, hasta el punto de que culminó ese informe con la siguiente propuesta: «Teniendo en cuenta el informe de apoyo de la Asociación Comisión Católica Española de Migración (ACCEM), se propone la no devolución del solicitante a su país de origen», y la Administración, al resolver el expediente, asumió esta propuesta, acordando «denegar el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo y no proceder a la devolución a su país de origen mientras subsistan las especiales circunstancias que concurren en el caso»; de manera que la misma Administración entendió que esas razones eran consistentes y no podían dejar de ser tomadas en consideración.

Situados en esta perspectiva, el artículo 31.3 del reglamento de aplicación de la Ley de Asilo, aprobado por RD 203/1995 (RCL 1995, 741), establece que en caso de denegarse el asilo podrá autorizarse «la permanencia en España, conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo (RCL 1984, 843), Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, siempre que se aprecien motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado», y tal es el caso que ahora nos ocupa, a tenor de lo que se indicaba en aquel informe de ACCEM, por lo que hemos de concluir que concurren los requisitos exigidos en el referido artículo 17.2 para autorizar la permanencia del actor en España por las apuntadas razones humanitarias.

Quinto. Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede hacer condena en costas (art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/98 [RCL 1998, 1741]), ni existen razones que aconsejen hacerla respecto de las de instancia.

Por todo ello, en nombre de SM el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución. (...)

3.º Reconocemos el derecho del recurrente a permanecer en España en el marco de la legislación general de extranjería.

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 19 de abril de 2007. Ponente, Sr. D. Enrique Cancer Lalanne].

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ/2007/4272

VI. DERECHOS HUMANOS

2007-12

DERECHOS HUMANOS.—Vulneración del derecho a la libertad personal en el procedimiento de orden europea de detención y entrega.*Fundamentos Jurídicos*

1. *El presente recurso se dirige contra el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 27 de febrero 2006, que confirma en apelación los dictados por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, el día 19 de octubre de 2005 y el día 16 de enero de 2006, manteniendo la prisión provisional acordada por Auto de 15 de julio de 2005 en el procedimiento de orden europea de detención y entrega 50-2005.*

2. *El demandante de amparo denuncia la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad personal (art. 17.1 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) y a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24. 2 CE) y, conforme a ello, solicita que se declare la nulidad del Auto de fecha 27 de febrero de 2006 dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.*

El Ministerio público interesa que se otorgue el amparo solicitado al considerar vulnerado el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). (...)

7. *La doctrina anteriormente expuesta conduce al otorgamiento del amparo en el presente caso puesto que el incumplimiento en él de los plazos máximos fijados por el artículo 20 de la Ley 3/2003 y la permanencia en prisión provisional del recurrente más allá de los mismos resulta evidente, habiendo acordado los órganos judiciales, pese a todo, el mantenimiento de la medida sobre la base de genéricas consideraciones relativas al riesgo de fuga latente en quien se ha fugado del Estado reclamante, sin entrar a considerar las peculiaridades que el régimen de prisión provisional presenta en los supuestos de orden europea de detención y entrega y en el supuesto concreto.*

Según se desprende del examen de las actuaciones, el demandante de amparo ha permanecido en prisión provisional, a disposición del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de Madrid en virtud de la orden europea de detención y entrega 50-2005, ininterrumpidamente desde el día 15 de julio de 2005, habiéndose acordado con su consentimiento su entrega el día 16 de julio de 2005, sin que ésta se haya hecho efectiva por existir responsabilidades penales pendientes en España en una causa en la cual no se ha decretado prisión y sin que, pese a ello, se haya procedido a su puesta en libertad. La duración de la prisión provisional del recurrente, por tanto, excede con creces el límite legalmente establecido y supera todo plazo razonable en un procedimiento de orden europea de detención y entrega.

Ciertamente el artículo 21 de Ley 3/2003 prevé la suspensión de la entrega, cuando la persona reclamada tenga un proceso penal pendiente ante la jurisdicción española por un hecho distinto al que motive la orden europea, hasta la celebración del juicio o el cumplimiento de la pena, pero ni en el citado precepto ni en ningún otro de esta Ley se prevé la posibilidad de que la prisión provisional eventualmente adoptada pueda prorrogarse durante el período de dicha suspensión. Por tanto el mantenimiento de la medida carece de una expresa cobertura legal, sin que resulte constitucionalmente admisible inferirla de la previsión de la suspensión de la entrega o de los plazos generales sobre prisión provisional establecidos en la Ley de enjuiciamiento criminal (como podría desprenderse de las resoluciones judiciales, aunque no se

efectúe en éstas un razonamiento explícito al respecto) pues ello supondría desconocer el carácter excepcional de la prisión provisional, que (en palabras de la STC 98/2002, de 29 de abril, FJ 6) impone un criterio hermenéutico restrictivo, en el sentido más favorable a la libertad (favor libertatis), de las normas que la regulan.

Por otra parte ha de advertirse que, con la interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales, se introduce como factor decisivo para adoptar la resolución acordada un elemento ajeno a la medida cautelar e incierto e imprevisible para el recurrente: la pendencia de un procedimiento distinto ante la jurisdicción española. El carácter indeterminado del plazo máximo de duración de la prisión provisional que de ello deriva es incompatible con las exigencias de certeza y de sometimiento a plazo razonable de esta situación. Y, por tanto, la medida adoptada resulta desproporcionada.

De todo lo anteriormente expuesto cabe concluir que es constitucionalmente inaceptable, en atención al significado prevalente del derecho a la libertad y al carácter excepcional de la prisión provisional, el mantenimiento de esta medida una vez agotados los plazos previstos en el artículo 20 de la Ley 3/2003. Por ello, como sostienen tanto el demandante de amparo como el Ministerio público, resulta obligado concluir que se ha vulnerado en el caso sometido a nuestro enjuiciamiento el derecho a la libertad personal del recurrente, consagrado en el artículo 17.1 CE, sin que (como ya anunciamos) resulte necesario extender nuestro análisis a la alegada falta de motivación de los Autos recurridos en amparo, pues cualquiera que fuese dicha motivación no podría suplir la falta de cobertura legal de la medida derivada del agotamiento del plazo máximo legalmente previsto para el mantenimiento de la situación de prisión provisional en el caso.

Fallo

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la nación española,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Daniel Bourianes y, en consecuencia:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) del recurrente.

2.º Restablecerlo en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de febrero 2006 y los dictados por el Juez Central de Instrucción núm. 3 los días 19 de octubre y el día 16 de enero de 2006 en el procedimiento correspondiente a la orden europea de detención y entrega 50-2005.

[Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2007, de 7 de mayo. Ponente: Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez].

F.: Tribunal Constitucional

VII. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

2007-13

DERECHO COMUNITARIO.—Aplicación de convenio internacional ratificado por la CE y Derecho derivado que lo complementa y desarrolla. Relación entre ambos.*Fundamentos de Derecho*

Segundo. El Reglamento 261/2004 (LCEur 2004, 637) /CE por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) 295/1991 (LCEur 1991, 88) debe entenderse complementado por el Convenio de Montreal de 1999 (RCL 1999, 367) para la unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional y ello aunque Cuba no haya ratificado o depositado el instrumento de ratificación al recoger el instrumento de ratificación de España (BOE de 20 de mayo de 2004) [RCL 2004, 1224] que «El Reino de España, Estado Miembro de la Comunidad Europea, declara que de acuerdo con el Tratado que establece la Comunidad Europea, la Comunidad tiene competencias para tomar acciones en ciertas materias cubiertas en el presente Convenio». El sistema de protección de pasajeros se ha venido configurando en la Unión Europea a partir del Reglamento 295/1991/CEE del Consejo, de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular en el que ha culminado la normativa antes referida. Por otro lado el Reglamento 2027/1997/CE del Consejo de 9 de octubre de 1997 (LCEur 1997, 3116), sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente y el Reglamento 889/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de mayo de 2002 (LCEur 2002, 1398), que modifica el anterior completan el sistema; a éstos hemos de añadir la Decisión del Consejo de 5 de abril de 2001 mediante la que la CE ratificaba el Convenio de Montreal de 1999 sobre unificación de ciertas reglas del transporte aéreo por lo que la citada normativa se incorpora a nuestro derecho. El Reglamento 2027/1997 /CE extiende la aplicación del Convenio de Montreal a todos los vuelos realizados por compañías aéreas comunitarias en supuestos de vuelos internos, intracomunitarios o extracomunitarios, como es el caso. Así se ha interpretado por la STJCE de 10 de enero de 2006 en el asunto C-344/2004 (TJCE 2006, 2).

[...]

La alegación de diligencia de la demandada a la hora de justificar el retraso —no discutido— amparándose en la existencia de un huracán (cuestiones meteorológicas), de retrasos acumulados (debidos al mismo) y del accidente del vuelo fletado el día en que estaba previsto solo puede entenderse en la relación entre los artículos 9 del Reglamento y 19 del citado Convenio de Montreal. Sin embargo el artículo 19 citado debe interpretarse en relación al artículo 6 del Reglamento que se remite al artículo 9 del mismo [...] Las conclusiones del Abogado General en la referida sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea lo deja claro: El Reglamento 2027/1997 /CE regula la compensación por daño y el Reglamento 261/2004 / CE regula la compensación por falta de daño. De esta forma el artículo 6 lo que hace es objetivar las medidas necesarias para evitar que se produzca el daño al que alude el artículo 19 del Convenio de Montreal y que puede situarse en la esfera de los daños patrimoniales directos causados por dicho retraso o los morales ocasionados durante la espera (los pasajeros quedan completamente a merced de la eficiencia y buena voluntad de la compañía aérea...).

[...]

Tercero [...]. El artículo 22 del citado Convenio de Montreal (RCL 1999, 367) sitúa el

límite de responsabilidad por retraso en 4.150 derechos especiales de giro que a la fecha de esta sentencia se valoran en 0.8782 lo que supone un total de 3.644,53 euros. La limitación de compensación del Reglamento en vuelos superiores a 3.500 euros es de seiscientos euros lo que necesariamente motiva la necesidad de tomar en cuenta no sólo este estándar no cumplido sino también la compensación (artículo 1103 del Código Civil [LEG 1889, 27]) por la espera, por los sendos retrasos y por la situación particularmente sufrida por ambos.

[Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga, de 20 de abril de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán Muñoz].

F.: Aranzadi Westlaw.

En el mismo sentido: **[Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga, n.º 65/2007, de 27 de abril. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán Muñoz; y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao (Vizcaya), de 8 de febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Edmundo Rodríguez Achutegui].**

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-14

DERECHO COMUNITARIO.—Aplicación Derecho Originario. Relación con norma nacional que recoge conductas idénticas. Alegación de Comunicación de la Comisión. Alegación de jurisprudencia del TJCE. Abuso de posición de dominio. Monopolio en el mercado de la venta de las principales competiciones de fútbol de España para las cadenas de pago.

Fundamentos de Derecho

Segundo. Habiendo negado las demandadas que los hechos objeto de enjuiciamiento tengan verdadera capacidad para afectar al comercio entre los estados miembros, presu- puesto al que el Artículo 82 del Tratado (definitorio del abuso de posición dominante) condiciona su propia aplicabilidad, parece conveniente abordar primeramente dicha cuestión al ser intelectualmente antecedente –aún cuando no jurídicamente condicionante, como veremos– respecto de todas las demás. Conviene también dejar sentado al respecto que no ha resultado controvertido en el presente proceso, además de obrar en él una abrumadora prueba documental que lo pone de relieve, el hecho de que AVS ostenta, efectivamente, una posición de dominio en el mercado español de venta al por mayor de derechos de retransmisión televisiva de fútbol correspondiente a encuentros de Liga y Copa en régimen de televisión de pago. Y, pese al circunscrito ámbito geográfico expresado (nacional), no debe perderse de vista que, como señaló la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 1998 (Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs), «...según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando una posición dominante se extiende a todo el territorio de un Estado miembro, éste puede constituir una parte sustancial del mercado común...» (también, s.s. de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 28, y de 5 de octubre de 1994, Centre d’insémination de la Crespelle, C-323/93, Rec. p. I-5077, apartado 17). Pues bien, a partir de tales presupuestos, nada parece más indicado que abordar la expresada problemática a la luz de los criterios proporcionados por la Comisión Europea en su Comunicación sobre «Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado»

(2004/C 101/07). Así: [...].

[...]

Ahora bien, cuando –como en el caso– nos encontramos ante un conflicto individual entre dos operadores económicos que se dirime ante un órgano judicial, y cuando, por el contenido de la acción que se ejercita, se trata precisamente de la aplicación de una norma cuyo tenor es idéntico en una y otra regulación (comunitaria y nacional), no cabe otorgar significación especial alguna al hecho de que la conducta censurada afecte o no al comercio entre los estados miembros cuando tal circunstancia no contribuye en ninguna medida a configurar el fundamento de la acción ejercitada ni las consecuencias que podrían aparecer vinculadas al éxito procesal de la misma. En efecto, teniendo en cuenta que lo que se reprocha a las demandadas por su negativa a la revisión de los «mínimos garantizados» es el mantenimiento de precios «inequitativos» y el otorgamiento a la demandante de un trato «discriminatorio» en relación con esos mismos precios, concurren plenamente todas y cada una de las identidades capaces de configurar la acción:

Es idéntica la conducta prevista en los Artículos 82 del Tratado y 6 de la L.D.C.: en ambos casos se trata de la ostentación de una posición de dominio en el mercado de la que el infractor abusa. Y a la hora de particularizar, son idénticas –incluso en su misma redacción– las conductas en las que se funda la acción ahora ejercitada: las descritas en los apartados a) y c) del Artículo 82 y las contempladas en los apartados 2.a) y 2.d) del Artículo 6 L.D.C. anteriormente transcritos, respectivamente.

Es idéntico el fundamento del reproche: en todos los casos se trata de conductas que interfieren negativamente en el sistema de la libre competencia.

Finalmente, es idéntica también la consecuencia jurídica [...] y así nos lo indica, en relación con el Derecho comunitario, la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE (2004/C 101/04), según la cual «...Los órganos jurisdiccionales nacionales pueden dar efecto a los artículos 81 y 82 declarando la nulidad de un contrato o concediendo indemnizaciones por daños y perjuicios...».

[...] En el caso, de haberse comprobado que los hechos enjuiciados son incapaces de afectar al comercio entre los estados miembros, la resolución del litigio con base en los particulares ya transcritos del Artículo 6 L.C.D. sería en su contenido la misma resolución que aquella que se hubiera fundado en los correlativos del Artículo 82 del Tratado. [...].

[...]

4. *En el terreno jurisprudencial nuestro Tribunal Supremo no encuentra en la actualidad ninguna clase de reparo en relación con el conocimiento por parte de los órganos jurisdiccionales civiles de acciones en las que resulta apreciable con carácter alternativo la infracción de la Ley de Defensa de la Competencia cuando se trata del ejercicio de pretensiones principalmente fundadas en los Artículos 81 y 82 del Tratado.*

5. *Finalmente, considerando, cuando menos en un supuesto como el ahora analizado, que en lo único que difieren el Artículo 82 del Tratado y el Artículo 6 L.D.C. es en algo (ámbito geográfico de afectación) que resulta irrelevante para la incardinación de unas conductas que se describen en ambos preceptos de forma idéntica y buscan fundamento en el mismo reproche jurídico, y que, en suma, determinan la aplicación de una coincidente consecuencia jurídica (cesación e indemnización), es patente que aquél proceso en el que se apliquen esas concretas figuras del Artículo 6 L.D.C. es también –y al propio tiempo– un proceso de aplicación del Artículo 82 del Tratado y no se desborda de ese modo el ámbito competencial que define el Artículo 86 ter-2, f) de la L.O.P.J. que atribuye a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento «...De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado...». Pues –se insiste– se trata de la misma norma jurídica por más que esa norma haya encontrado acomodo material en dos cuerpos legales*

distintos (comunitario el uno, nacional el otro). Otra cuestión sería que la norma comunitaria invocada en la demanda tuviera un contenido y desencadenase unos efectos diferentes a los de la norma nacional, o bien que aquélla careciera de correlato en el ámbito de la legislación interna. Pero, como se ha dicho, tal cosa no acontece en el supuesto examinado en vista de los específicos fundamentos de la acción que se ejercita.

Tercero.—Como ya se adelantó, el nudo gordiano del presente proceso estriba en determinar si el mantenimiento de los «mínimos garantizados» de la estipulación 4.3 del contrato entre AVS y ESUKALTEL, a los que ésta última califica de «inequitativos» y de «discriminatorios», así como la negativa de aquélla a su adaptación al criterio de ventas reales, constituye o no un abuso de posición dominante contrario al artículo 82 del Tratado. [...].

[...].

Cuarto [...].

[...] los precios resultantes de la concreta forma en que dicho concepto quedó plasmado en el contrato celebrado entre EUSKALTEL y AVS son precios «inequitativos» y vulneradores, por ello, del artículo 82 del Tratado, en particular, de la prohibición que con carácter ejemplificativo contempla su apartado a) («...imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta y otras condiciones de compra, de venta y otras condiciones de transacción no equitativas...»). Debe tenerse en cuenta que tales compromisos se contraen por SOGECABLE en el seno de un expediente de los regulados por el Reglamento CEE número 17 del Consejo y con el fin de obtener una exención de las previstas en el artículo 81-3 del Tratado. [...].

[...]

No puede apreciarse, por tanto, el paralelismo que EUSKALTEL considera existente entre, por un lado, el eventual incumplimiento de un compromiso contraído de cara a la obtención de una exención individual respecto de una práctica en principio colusoria (arts. 81-1 y 81 del Tratado), y, por otro lado, el carácter abusivo, desde la perspectiva del artículo 82, de la conducta consecutiva a ese incumplimiento, conducta que en el caso examinado se traduciría, en el sentir de la actora, en el carácter «inequitativo» (más adelante hablaremos del supuesto carecer «discriminatorio») del precio contractual en lo referente al sistema de fijación cuantitativa de los «mínimos garantizados». [...].

[...]

2. Al contener una llamada explícita a la equidad, el apartado a) del artículo 82 del Tratado (lo mismo que el apartado 2 —a— del artículo 6 de la LDC) constituye uno de esos escasos supuestos en los que, tal y como admite el artículo 3-2 del Código Civil, una norma jurídica concreta habilita al tribunal para hacer descansar la resolución del litigio sobre dicho principio ponderativo [...]

3. De difícil aquilatación, distintas resoluciones del Tribunal de Justicia han abordado el concepto de «equidad» en los precios a propósito de la interpretación de la figura que contempla el artículo 81.a) del Tratado. [...].

Quinto.— [...]

Ya se ha razonado en el ordinal precedente que la parte actora no ha suministrado las pruebas o elementos de juicio necesarios para poder calificar con fundamento el precio contractualmente pactado como un precio «inequitativo» de los proscritos por el artículo 82.a) del Tratado.

Pero ya se adelantó también que, además de esa imputación, se atribuye a ese mismo precio el carácter de «discriminatorio» de acuerdo con el apartado c) del artículo 82 del Tratado que prohíbe, también a título ejemplificativo y como una manifestación posible del abuso de posición de dominio, la conducta consistente en «...aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva...». Tanto en la demanda como en el devenir de todo el proceso se ha invocado esta

característica de manera indiferenciada y sin guardar la necesaria separación respecto de la relativa al carácter «inequitativo» del precio (apartado «a» del artículo 82) a pesar de la radical diversidad conceptual concurrente entre uno y otro supuesto. En efecto, el juicio de equidad es un juicio «interno» que se formula a base de comparar el precio de la cosa con su valor (costes + beneficio razonable), en tanto que el de desigualdad o discriminación es un juicio «externo» que solamente puede emitirse a partir de la comparación del precio examinado –equitativo o no– con los precios practicados por la empresa en posición de dominio con otros operadores: un precio es discriminatorio si es desigual respecto de otro con total independencia de que su montante se considere o no excesivo o inequitativo.

[...]

3. *Parece olvidarse, por otro lado, que no basta con la concurrencia de un trato desigual para poder afirmar que nos encontramos ante una de las conductas prohibidas por el apartado c) del artículo 82 del Tratado, toda vez que es ese mismo precepto quien exige la concurrencia de un requisito adicional, a saber, que la discriminación –asépticamente considerada– ocasione al agraviado por dicha conducta una «...desventaja competitiva...». [...].*

Sexto.– [...]

[...] *No hay que perder de vista que AVS ostentaba el monopolio en el mercado de la venta de los derechos de retransmisión de las principales competiciones de fútbol de España para las cadenas de pago, lo que le situaba en una posición de dominio, y como consecuencia de ello su relación con terceros operadores, que deseaban acceder a la señal televisiva para su ofrecimiento mediante pago por visión a sus abonados, debía realizarse, porque así lo exige el artículo 82 del Tratado CE y la normativa española en materia de defensa de la competencia, en condiciones equitativas, transparentes y no discriminatorias. Parece innegable que, en principio, no se planteaba alternativa razonable para acceder a la retransmisión de partidos en modalidad de pago por visión que no pasase por tener que entenderse con AVS. De modo que si se produjese una denegación injustificada de un suministro a tercero en tales condiciones podría incurrirse en una conducta de abuso de posición de dominio, lo cual está prohibido por el artículo 82 del Tratado CE [...].*

Asume, pues, quien esto provee dicho punto de vista. Debe recordarse que desde la Sentencia MICHELIN de 1981, ha sido constante la doctrina del Tribunal de Justicia con arreglo a la cual a la empresa en posición dominante le incumbe un grado de responsabilidad superior y especial respecto de la que resulta exigible a una empresa que actúa bajo régimen de competencia ordinario, por lo que de nada sirve invocar que el contrato litigioso contiene una cláusula que autoriza a AVS a resolverlo por incumplimiento de la obligación de pago del otro contratante cuando se trata de una previsión contractual que, irreprochable desde el punto de vista del derecho obligacional, carece de especial proyección si de lo que se trata es de analizar una conducta desde la óptica del derecho de la competencia. Ello no significa, como ya matizara la STJE United Brands de 14-2-76 (y, entre nosotros, el voto particular emitido por el vocal del TDC Sr. Pascual y Vicente en la Resolución Airtel/Telefónica de 26-2-99) que la posición de dominio prive a la empresa que la ostenta del derecho a preservar sus propios intereses comerciales cuando éstos son atacados. Pero es igualmente copiosa la doctrina, contenida en esa misma sentencia (United Brands), que aprecia práctica abusiva cuando la reacción defensiva elegida por la empresa en posición de dominio contribuye, de hecho y con independencia de la intencionalidad concurrente, a reforzar esa misma posición de fuerza o dominio. [...].

Octavo.– [...]

[...] *Por lo demás, la relación entre el artículo 82 del Tratado y el artículo 5 L.C.D. se nos presenta, al menos en este caso, como una relación de «consunción», de tal suerte que el primero absorbe todo el juicio de antijuridicidad de que es susceptible la conducta analizada sin*

dejar resquicio alguno que deba ser examinado a la luz de otros preceptos legales.

[Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid, de 19 de junio de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Gómez Sánchez].

F.: *Aranzadi Westlaw.*

En la misma línea argumental: **[Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid, n.º 91/2007, de 27 de junio.** Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Gómez Sánchez].

F.: *Aranzadi (Westlaw)*

2007-15

DERECHO COMUNITARIO.—Carácter no vinculante de Decisión de la Comisión recaída en expediente sobre libre competencia en el sector energético iniciado por la propia petrolera. Aplicación Derecho Originario. Alusión a Comunicación de la Comisión. Alegación de jurisprudencia del TJCE.

Fundamentos de Derecho

Segundo.—De la vinculación a la Decisión de la CE.

La demanda ejerce, frente a Repsol una acción de nulidad del que denomina entramado contractual del grupo o unidad de las mercantiles demandantes y dicha demandada, con base en la prohibición de acuerdos o prácticas anticompetitivas del artículo 81 TCE, así como por actos de competencia desleal, que encierran abuso de dependencia económica.

La contestación de la demandada arguye dos cuestiones que imponen conocimiento prioritario, a saber; la una que supone la vinculación de este tribunal en punto a la resolución de la pretensión aplicativa de la norma del Derecho comunitario originario, de lo que llama desaparición sobrevenida de objeto, habida cuenta que la Comisión Europea, en adelante CE, ha dictado Decisión de 12 de abril de 2006, reseñada en el último ordinal de los hechos probados, según la que considera declarada la plena validez y eficacia de los contratos que deben examinarse en esta «litis».

La otra, más tradicional, excepciona un hecho excluyente de la acción de competencia desleal, con arreglo al artículo 21 LCD.

Como ya se resolvió en la audiencia previa, si hubiera una Decisión de la CE sobre el asunto que enfrenta a las partes en punto a Derecho comunitario de defensa de la competencia, nunca determinaría la inviabilidad de demandar, en tanto que la jurisdicción no haya concedido la tutela efectiva en firme a la pretensión, ni tampoco, instaurado el proceso, supondría la privación sobrevenida de objeto. Porque ninguna de estas cosas previene el artículo 16 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado —abreviadamente Rgto—. Y otra cosa es que, en la medida que hubiera un acuerdo entre las partes en el sentido de admitir lo dispuesto en una Decisión, y una vez manifestado al tribunal, se produzca la satisfacción extraprocésal que conllevaría auto de sobreseimiento, con los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme, y condena en costas.

A fin de conjurar que una pluralidad de órganos jurisdiccionales competentes en la aplicación de artículos 81 y 82 TCE, alejados en el espacio e integrados en culturas jurídicas distintas, respecto de un monopolio de Bruselas hasta 1 de mayo de 2004 en el empleo de conceptos técnico-económicos para calibrar mercados relevantes y objetivar conductas de

cara a su legalización por vía de la excepción a la nulidad de conductas colusorias, no venga a producir una dispersión lesiva de la seguridad jurídica, el legislador comunitario ha previsto dos líneas de reacción diferentes, ordenadas en un sentido instrumental la segunda de la primera: Las medidas de uniformidad (art. 16 Rgto), y las medidas de cooperación (art. 15 Rgto).

Aquí se apuntan las primeras, y de las segundas no ha existido iniciativa alguna de los litigantes, A través las de aquéllas se previene:

1. La vinculación del pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales a la Decisión firme de la Comisión que haya tenido por objeto el mismo acuerdo, decisión o práctica.

2. La orientación de tal pronunciamiento judicial por la Decisión que tenga por objeto alguno análogo al sometido a dichos órganos jurisdiccionales (Directriz 8 de la Comunicación de la CE relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, 2004/C 101/04, en adelante Co)(1.2).

A su vez, esa vinculación, o en su caso, la función orientativa, se proyecta a dos supuestos: a) Decisiones recurridas de nulidad ante el TPI, que todavía no vinculan (Co 13); b) Pendencia del procedimiento sobre los acuerdos o prácticas estudiados por la CE, cuando debe evitar el órgano jurisdiccional entrar en conflicto con la decisión previsible (art. 16.1.inciso segundo). En cualquiera de los dos casos, el órgano jurisdiccional puede suspender hasta que la CE o el TPI resuelvan su procedimiento, adoptando, en su caso, medidas cautelares para salvaguardar los intereses de las partes (Co 14, y Sentencia TJCE de 14 de diciembre de 2000, C-344/1998, Masterfoods). En el segundo supuesto, si es capaz de prever la Decisión que recaerá, por cuanto con anterioridad se hayan resuelto casos similares, puede resolver conforme previsiblemente lo hará la CE, con los evidentes peligros que conlleva tal ejercicio de prospección.

Dado que no nos encontramos en ninguno de estos dos supuestos últimos, ya que el procedimiento ante la CE de mérito ha terminado, y no se acredita recurso, si la Decisión de 12 de abril de 2006 tuviera una identidad de sujetos, de objeto de la posición, y un nexo funcional con lo que aquí se decide, esto es, que la validez proclamada se vinculara a la causa de invalidez enarbolada en el pleito (en resumen, invalidez de la duración del pacto de exclusiva, y de un régimen falseado de comisionista que implica fijación vertical de precios), el fallo debiera atenerse al decreto de ese organismo especial. Lo que no debe empachar, en tanto que se actúa como juez comunitario y empleando directamente Derecho comunitario, y por lo tanto, debe asumirse que la CE no es propiamente un órgano administrativo, sino que tiene capacidad normativa «uti singuli», y la jurisprudencia en este campo resulta vinculante. En el caso de que la Decisión no se refiriera al asunto preciso que se estudia, y en la medida que lo hiciera con respecto a materia análoga, serviría de orientación, en el sentido de que, no secundar los pronunciamientos de la Decisión, implica un deber reforzado de motivación para desviarnos de la aparente línea de uniformidad.

Ello ya ha sido mantenido como postura procesal del Juzgado, pero debe añadirse ahora que, en ningún caso puede la Decisión del asunto suponer un «dictum» vinculante para la jurisdicción, en tanto que resultado de un trámite arreglado al artículo 9 Rgto, de modo que no se pronuncia acerca de la adecuación al TCE de relación o praxis alguna, la cual existiera o siga existiendo, sino que frente a las conclusiones de la evaluación preliminar de la CE de 2004, Repsol ofertó unos compromisos, que la Decisión admite. El efecto de este género de Decisiones, que no constatan y ordenan el cese por ilicitud, o en cambio, desestiman que la haya, simplemente consiste en que, decretando la obligatoriedad de los compromisos ofrecidos y aceptados, no hay motivos para la intervención de la CE. No se declara, pues, la infracción del artículo 81 TCE, según reitera la demandada, precisamente porque no es la función de la Decisión, que sencillamente asume unos compromisos como excluyentes «pro futuro» de las objeciones sobre la inhibición de la libre competencia. No se trata tampoco de una Decisión de declaración de inaplicación (art. 10 Rgto), bien porque no reúna el elemen-

to examinado las condiciones de su apartado 1, o bien porque se cumplieran las previstas en su apartado 3.

En definitiva, no hay un instrumento de definición de la política de la competencia en concreto que contemple la validez del contrato del caso, además del marcado carácter discrecional que tienen las Decisiones que sancionan compromisos.

Otra cosa es que, los argumentos y las conclusiones que la CE vierte en contratos de la significación jurídico-económica exacta a del que aquí debe examinarse, transmite al juzgador un criterio esencial para nuestro objeto, el cual habría que refutar de modo conspicuo, si no se secundara.

En realidad, análogo valor se reconocerá a la doctrina de la SAP Madrid –28.ª– de 27 de octubre de 2006, que se pronuncia en un asunto con algunas similitudes, que en modo alguno vincula, pero significa todo el vigor dimanante de su fundamentación, tanto en el plano de la autoridad lógica, como en el de la autoridad subjetiva del tribunal de que procede.

Cuarto.–De la aplicación al caso del artículo 81 TCE.

[...] la posible restricción vertical del mercado de venta al por mayor de carburantes de la relación negocial examinada afecta al comercio entre Estados, y puede hacerlo objetivamente de manera sensible. Con todo, sólo desde la cuota de mercado del suministro de carburantes de Repsol en el reino, el criterio de interpretación flexible, de la Comunicación de la CE 2004/C/101/08 (DOUE 27.04.04), abona dicha afectación europea, puesto que dicho requisito debe interpretarse de modo flexible, en el sentido de que un déficit competencial evidenciado en el territorio de un solo Estado afecta el comercio del espacio económico europeo, porque influye en la posibilidad de importar el producto, o por el riesgo que supone de compartimentar el mercado común. Y la Comunicación de la CE de 22 de diciembre de 2001 (DOUE 368 de 22.12.01), si el mercado relevante es el de la distribución al por mayor de carburantes en territorio español, abona el criterio de cuota superior al 15 por 100 fijado para la CE como sensible entre no competidores. Así lo asume la CE en su expediente COMP/B-1/38.348.

[...]

Como este tribunal debe producir su aplicación del Derecho comunitario, con vinculación a la jurisprudencia del TJCE, aparte de la en conformidad a los principios generales de éste, la analogía de las soluciones previstas en las decisiones y reglamentos de la Comisión para casos análogos, así como orientándose las comunicaciones, directrices y el informe anual sobre la política de competencia, no hay nada más que añadir, puesto que la sucesión del Rgto 83, se efectúa con el Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, en adelante Rgto 99, y a su amparo, la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000, ha apostado en sus directrices 12 a 20 por describir un «acuerdo de agencia no genuino» precisamente por tener en cuenta parámetros de carácter económico de la situación y no la forma jurídica.

[...]

Como resultado, la relación de autos está sometida a la interdicción de artículo 81.1 TCE, y sólo está exceptuada en cuanto se encuadre escrupulosamente en los supuestos, y bajo los requisitos, de la excepción de Rgto 83 y Rgto 99.

Quinto.–De los contratos vinculados y la nulidad por imposición vertical de precios.

[...]

Pues bien, la Resolución, todavía no firme, del TDC de 11 de julio de 2001 (Expte 490/00) condenatoria de Repsol, en realidad, lo que hace es analizar tipos contractuales, y no una práctica de régimen de precios al público, aislando relaciones como la de Repsol con Bidebarri como incongruentes con los precios máximos surgidos de un mecanismo de comisionista. Por otro lado, por muchas vueltas que se de al caso, la Decisión de la CE de 12 de abril de 2006, aprueba un compromiso de Repsol por el que se instaura para sus modelos de contratación un régimen de precios máximos, de forma que, los no revendedores, agentes genuinos o no, pue-

dan determinar el precio de venta al público, reduciendo su comisión. Ciertamente, el asunto del régimen de precios máximos no lo introduce la demanda, y la Decisión no vincula, según se ha expresado, pero tampoco la resolución del TDC. El déficit argumental, como explica la elocuente SJM núm. 2 Madrid de 22 de marzo de 2005 (ordinario núm. 5/04), consiste en desenvolver los argumentos para reputar un contrato de exclusiva como ajeno a la comisión mercantil genuina para alimentar, desde ello que es el punto de partida del razonamiento de lo anticompetitivo a la luz de lo proscrito por artículo 81.1.a) TCE, no excepcionado por Rgto 83 y Rgto 99, sin más esfuerzo, para reputarlo productor de una fijación vertical indirecta de precios, lo que es el punto de llegada del razonamiento de una nulidad.

[...]

[...] la directriz 48 de la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000, sobre restricciones verticales, sólo declara fuera de la excepción la «agencia no genuina» cuyo sistema de comisión, sea fija o variable, impida repartirla al distribuidor con el cliente.

En punto a lo segundo, ningún empacho tendría esta sentencia en analizar la praxis concreta de la relación por ver si el sistema acaba en un precio fijo. Porque la directriz 47 de la Comunicación de la Comisión mencionada, que debe dar luz sobre la 48, embocada a expurgar la fijación indirecta de precios al público de revendedores, bien que aplicable a los comisionistas no genuinos, establece un elenco de fórmulas no excepcionadas de prohibición [...].

[Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao (Vizcaya), n.º 22/2007, de 22 de febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Edorta Josu Herrera Cuevas].

F.: Aranzadi (Westlaw).