

II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÀS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN GALÁN
ORIOI MIR PUIGPELAT
JOAQUÍN TORNOS MAS

Universidad de Barcelona

I. REGLAMENTOS Y MEDIDAS CAUTELARES: LA SUSPENSIÓN DEL DECRETO MADRILEÑO DE REGULACIÓN DE LOS BANCOS PRIVADOS DE CORDÓN UMBILICAL

El artículo 129.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa contempla expresamente la posibilidad de que se solicite la suspensión de un reglamento cuando sea objeto de recurso contencioso-administrativo. No es frecuente, sin embargo, en la práctica, que los órganos jurisdiccionales accedan a tal suspensión. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 (Sección 4^a, recurso núm. 5104/2006) constituye una de dichas excepciones. En ella se confirma la suspensión del Decreto 28/2006, de 23 de marzo, de la Comunidad de Madrid, acordada por el Tribunal Superior de Justicia de dicha comunidad mediante auto de 4 de mayo de 2006 (confirmado en súplica por auto de 24 de julio de ese mismo año). El referido decreto regula la constitución y régimen de funcionamiento de los depósitos de sangre de cordón umbilical y ha suscitado una controversia cruzada con el Estado que ha dado lugar a diferentes pronunciamientos judiciales.

Este decreto, aprobado en ausencia de norma estatal que regulara de forma expresa la materia, fue impugnado por el Estado en vía contenciosa, quien solicitó la suspensión que ahora confirma el Tribunal Supremo mediante la presente sentencia. Entre tanto, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, donde por primera vez se regulaban a nivel nacional los bancos privados de sangre de cordón umbilical. El reglamento estatal, que somete la actuación de tales bancos a reglas más restrictivas que el decreto madrileño (así, p. ej., las muestras almacenadas en dichos bancos para un eventual uso futuro de los clientes han de estar disponibles para donaciones altruistas a terceros cuando sea necesario: artículos 7.2 y 27.2), ha sido objeto de una doble impugnación: por un lado, por parte de una empresa del sector ante el Tribunal Supremo y, por otro lado, por parte de la Comunidad de Madrid —como conflicto positivo

de competencia— ante el Tribunal Constitucional, solicitándose en ambos recursos su suspensión cautelar. Dicha suspensión del Real Decreto estatal ha sido denegada por uno y otro tribunal (ATS de 22 de febrero de 2007 —Sección 4ª, recurso núm. 2/2007— y ATC 258/2007 de 23 de mayo, respectivamente). Esta circunstancia ha influido después en la confirmación de la suspensión del decreto madrileño, como a continuación se verá.

En efecto, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 20 de mayo de 2008 ahora reseñada, da por buena la argumentación efectuada por el TSJ para acordar la suspensión del decreto de la Comunidad de Madrid. Así, considera que el TSJ ha valorado correctamente el riesgo de *periculum in mora* (al poner de relieve que la ejecución del decreto podría generar perjuicios económicos, jurídicos y sociales difíciles de evaluar) y ha ponderado debidamente los intereses en conflicto, motivando de forma suficiente la prevalencia concedida al interés público alegado por el Estado, consistente en la necesidad de garantizar un sistema homogéneo a nivel nacional (FFJJ 3º y 4º). Por otro lado, entiende que la Sala de instancia no ha infringido la doctrina fijada por él en relación con la utilización del criterio del *fumus boni iuris*, puesto que dicho criterio es manejado por aquella sólo de forma subsidiaria, sin haber sido determinante de la decisión sobre la suspensión, que se ha basado en la constatación de la existencia de *periculum in mora* y en la ponderación de los intereses en conflicto, y no ya en la apariencia de buen derecho del recurso (FJ 4º).

El Tribunal Supremo, en todo caso, considera que los citados pronunciamientos judiciales sobre el Real Decreto 1301/2006 confirman la tesis del TSJ sobre la posible incompatibilidad del decreto autonómico con la normativa estatal (FJ 3º).

Ahora bien, con independencia de la solución a que se llega en el caso concreto, que parece una solución plausible, debe señalarse, por una parte, la singularidad del supuesto, en la medida en que la ponderación de intereses afecta a dos intereses públicos, el estatal y el autonómico, a semejanza de lo que lleva a cabo el Tribunal Constitucional en aplicación del artículo 161.2 CE para mantener o levantar la suspensión de la norma impugnada. Y por otra parte, se debe llamar la atención acerca de la necesidad de ir adecuando, como ya se está haciendo, los criterios manejados en la construcción de la teoría y en la regulación de las medidas cautelares en relación a los actos administrativos a aquellos otros supuestos en que se proyecta sobre disposiciones de carácter general y en concreto normas reglamentarias. Se trata de profundizar, al menos, en la distinción entre lo que significa la suspensión de la ejecutividad de un acto administrativo y la suspensión de la vigencia de una norma (OM y TF).

II. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL POR LA QUE SE PERMITE LA EMISIÓN EN ABIERTO DEL CANAL DE TELEVISIÓN DE SOGECABLE

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008 (Sección 3^a, recurso núm. 256/2005) resulta de gran interés al menos por dos motivos: en primer lugar, por su indudable trascendencia social, puesto que confirma el Acuerdo del Consejo de Ministros en cuya virtud surgió Cuatro, un nuevo canal privado de televisión, de ámbito estatal, que emite en abierto las veinticuatro horas del día; en segundo lugar, desde un punto de vista jurídico, por suscitar la cuestión del alcance del *ius variandi* o poder de modificación unilateral de los contratos administrativos que ostenta la Administración.

A diferencia de lo que sucede en otras ocasiones, el problema jurídico no radica aquí en articular la debida tutela del contratista ante el ejercicio de una prerrogativa administrativa inexistente en el Derecho privado, sino en proteger la posición jurídica de los demás contratistas de un servicio público tan peculiar como el televisivo (el resto de canales privados que emiten en régimen de libre concurrencia) y de los terceros que podrían estar interesados en acceder a prestar dicho servicio. El problema, en suma, es el de si la modificación contractual, efectuada a instancias del propio contratista, resulta justificada y ajustada a la ley, o si, en cambio, debía haberse procedido a una nueva licitación sujeta a los principios de publicidad y concurrencia.

La sentencia resuelve el recurso interpuesto por Agrupación de Operadores de Cable (AOC) contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de julio de 2005, de modificación del contrato concesional celebrado con Sogecable, S.A., para la prestación del servicio público de televisión. El contrato inicial, de 3 de octubre de 1989, con una duración de diez años, había sido renovado por otro plazo de diez años el 18 de junio de 2001, y permitía emitir en abierto únicamente seis horas al día, mientras que el resto del día la emisión debía ser de pago y codificada. La modificación contractual consiste en permitir a Sogecable emitir en abierto las veinticuatro horas del día tanto en analógico como en digital, a cambio de observar diversas condiciones.

La recurrente, a la que el Tribunal reconoce legitimación por la conexión existente entre los mercados de la televisión de pago y de la televisión en abierto (FJ 2^o; las entidades a las que AOC representa operan sólo en el primero), se opone a la modificación contractual alegando, en primer lugar, que la misma afecta a un elemento esencial del contrato —por lo que debería haberse efectuado una nueva licitación—; en segundo lugar, que no concurren las circunstancias justificativas exigidas por el artículo 101

de la Ley de contratos de las Administraciones públicas (LCAP, a la sazón vigente); y, en fin, que vulnera los artículos 82 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), al otorgarse a Sogecable derechos exclusivos que refuerzan su posición de dominio en el sector (solicitando a tal efecto el planteamiento de una cuestión prejudicial). El Tribunal desestima todas y cada una de estas alegaciones y, con ello, el recurso interpuesto.

La sentencia comienza negando que la modificación incida en un *elemento esencial* del contrato, límite al *ius variandi* que ha sido recogido ahora de forma expresa en el artículo 202.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP). A juicio del Tribunal, el parámetro consistente en contraponer la emisión libre en abierto frente a la emisión de pago en codificado no constituía un elemento esencial del contrato que impidiese su modificación posterior, al no ser una exigencia del concurso correspondiente, sino una propuesta de la propia empresa que resultó adjudicataria (FJ 4.a).

A continuación, afirma la concurrencia de las causas justificativas del *ius variandi* requeridas por el artículo 101.1 LCAP y sujetas, en todo caso, a un «amplio margen de apreciación» de la Administración (FJ 4.b). Las razones de *interés público*, aducidas por el contratista y hechas suyas por el Gobierno, convencen al Tribunal: la extensión del servicio público de televisión a más ciudadanos, con el consiguiente fomento de un mayor pluralismo desde la perspectiva de la libertad informativa, de la libre formación de la opinión pública y de la extensión de la cultura y el entretenimiento; la falta de incremento del uso de un bien público escaso, como es el dominio público radioeléctrico, y la ausencia de perjuicio a los intereses generales y de coste para el erario público; la desaparición del interés público asociado en 1989 a la codificación, como consecuencia de la consolidación de las otras cadenas de televisión y de la falta de necesidad de que uno de los canales se financie mediante las cuotas de sus abonados para garantizar la viabilidad de los demás.

En cuanto al requisito del *cambio de circunstancias*, vendría satisfecho por la necesidad de impulsar el tránsito a la televisión digital terrestre, tránsito al que van destinadas algunas de las condiciones impuestas en el Acuerdo impugnado.

El Tribunal, finalmente, niega que haya vulneración alguna de los *artículos 82 y 86 TCE*, al considerar que la posición de Sogecable en la televisión en abierto es claramente minoritaria y que, en todo caso, las condiciones impuestas para evitar que se beneficie de su posición prevalente en el mercado de adquisición de productos *premium* (de cine y deportes) persiguen salvaguardar la libre competencia (FJ 6°).

La sentencia es objeto de un contundente *voto particular* formulado por el magistrado Óscar González, en el que se sostiene que aquella, «al

desestimar el recurso y no anular el acuerdo recurrido, sienta un precedente que pone en peligro el sistema de contratación previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones públicas [...], cuyo artículo 11 establece los principios de publicidad y libre concurrencia en la celebración de los contratos». A juicio de dicho magistrado, «el cambio operado en el contrato es de tal naturaleza que lógicamente hubiera requerido una nueva licitación, ya que se ha pretendido enmascarar en una simple modificación lo que constituye una auténtica novación del contrato, al haberse operado cambios sustanciales en sus elementos esenciales. Bajo un aparente cambio en la modalidad de emisión se ha visto afectada toda la estructura de la concesión, tanto en sus aspectos objetivos, como subjetivos y económicos». La modalidad de emisión en codificado tuvo influencia en la valoración de la oferta hecha en el concurso para la adjudicación de la concesión (de la sentencia se desprende que dicha propuesta fue determinante de la adjudicación del contrato en favor de Sogecable), de lo que se deriva que «cualquier cambio en la emisión para adoptar otra forma distinta, sería en cierto modo un falseamiento en el objeto del contrato, que fue diseñado en función de unos factores y circunstancias tenidos en cuenta para la adjudicación. Al operarse el cambio, los anteriores concursantes que no resultaron adjudicatarios han sido sorteados «a posteriori» mediante un mecanismo que de no haber existido, hubiera posibilitado su acceso a la concesión».

A la vista de lo anterior, se suscita la cuestión de que ciertamente no resulta fácil negar el carácter de esencial a una condición del contrato como la del tipo de emisión, que fue determinante de su adjudicación y que ha distinguido durante más de quince años a Canal +. Como afirma la sentencia, no fue una condición esencial de la convocatoria, pero ello no significa que no lo fuera del contrato finalmente celebrado, en un supuesto en que precisamente la proposición del licitante fue la que distinguió su posición frente a los demás concursantes, y sirvió para justificar la adjudicación. La alternativa emisión en abierto o en codificado, previo pago, no parece una cuestión secundaria o accesorio, sino definitiva del servicio televisivo y del modelo de negocio subyacente. Para argumentar acerca del carácter esencial o determinante de esta condición o elemento objetivo del contrato, puede intentar hacerse la «prueba del nueve», esto es, hacer jugar el elemento en cuestión desde un punto de vista opuesto. Cabe preguntarse, así, qué hubiera sucedido si Canal + hubiera incumplido dicha cláusula contractual y hubiera superado el número de horas de emisión en abierto a que tenía derecho. No parece aventurado asegurar que se habría considerado que ello suponía el incumplimiento de una obligación contractual esencial, justificativa, incluso, de la resolución unilateral del contrato (artículos 111.g LCAP y 206.g LCSP). Y a la inversa, si la referi-

da modificación contractual no hubiera sido solicitada por el contratista, sino que hubiera tratado de serle impuesta de forma unilateral por la Administración, obligándole a emitir en abierto, posiblemente se podría haber formulado oposición a la modificación invocando su incidencia en un elemento esencial del contrato.

En cualquier caso, en atención a la complejidad que reviste normalmente una concesión de esta naturaleza, la argumentación acerca del carácter no esencial que tiene la modalidad de emisión, que implica además el carácter gratuito o no del servicio, requeriría mayores desarrollos por parte del Tribunal, que paradójicamente destaca que la forma de financiación sí fue la razón fundamental de la adjudicación. Como también hubiera requerido mayor atención por parte del Consejo de Estado, cuyo dictamen emitido preceptivamente en el procedimiento de modificación, se limita a afirmar apodícticamente que «la modificación proyectada, no afecta a ninguno de los elementos esenciales del contrato».

Por otro lado, no hay que olvidar que los límites a las modificaciones contractuales no se establecen sólo en defensa del contratista, sino también en protección de la libre competencia y en garantía de la publicidad y concurrencia en la adjudicación de los contratos de la Administración. Ciertamente la sentencia alude a ello, pero de ahí no extrae ninguna consecuencia coherente. Al contrario, se limita a señalar que todos los aspirantes ya sabían que podían adjudicarse las tres concesiones en abierto, cosa que no sucedió precisamente debido al tipo de oferta presentada por Sogecable, por lo que no les afecta en nada que ahora se llegue a esta situación.

A pesar de ello conviene destacar esta segunda finalidad de los límites a la modificación unilateral, que además cobra mucho más sentido a la vista del Derecho comunitario. Por este motivo, la nueva LCSP ha procedido a endurecer los requisitos de las modificaciones contractuales, tan utilizadas en nuestro país para eludir nuevas licitaciones. Como se sabe, ahora se exige que la posibilidad de modificación y las condiciones en que podrá producirse estén expresamente previstas en el pliego, se prohíbe de manera clara y expresa que la modificación afecte a condiciones esenciales del contrato y se suprime la posibilidad de alegar la concurrencia de «necesidades nuevas», admitiéndose sólo las «causas imprevistas». Como recuerda la Comisión Europea en su reciente Comunicación sobre la colaboración público-privada institucionalizada (DOUE C91/4, de 12 de abril de 2008), son esenciales aquellas estipulaciones que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, habrían permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta. La propia Comisión pone como ejemplo de condición esencial del contrato «los cánones impuestos a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario» (pág. 8).

En definitiva, como se señala en el voto particular, no debería descartarse con tanta rotundidad que los otros licitadores, a los que se negó en su momento la adjudicación por haber optado por la emisión gratuita en abierto, así como otros posibles interesados, hubieran debido poder concurrir y aportar sus ofertas adaptadas a las nuevas circunstancias (OM y TF).

III. IMPOSIBILIDAD DE DECLARAR LA OFICIALIDAD DEL BABLE A TRAVÉS DE ORDENANZA MUNICIPAL

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de julio de 2008 (JUR 2008/250136), afirma que los municipios no pueden declarar la oficialidad del bable, dentro de sus límites territoriales, a través de sus propias normas jurídicas. En realidad, el Tribunal viene a reiterar la doctrina ya asentada en la precedente sentencia de 17 de febrero de 2004 (RJ 2004/1419). Hagamos un poco de historia.

El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias reconoce de manera expresa la existencia del bable. Así, el apartado primero de su artículo 4 dispone: «El bable gozará de protección. Se promoverá su uso, su difusión en los medios de comunicación y su enseñanza, respetando en todo caso las variantes locales y la voluntariedad en su aprendizaje». Por su parte, el artículo 10.1.21º atribuye al Principado la competencia exclusiva respecto al «fomento y protección del bable en sus diversas variantes que, como modalidades lingüísticas, se utilizan en el territorio del Principado de Asturias».

Completa esta descripción de la regulación estatutaria del bable la remisión contenida en su artículo 4.2: «Una ley del Principado regulará la protección, uso y promoción del bable». Remisión colmada con la aprobación de la Ley autonómica 1/1998, de 23 de marzo, de uso y promoción del bable-asturiano.

La mencionada ley califica el bable como «lengua tradicional» de Asturias: «El bable-asturiano, como lengua tradicional de Asturias, gozará de protección. El Principado de Asturias promoverá su uso, difusión y enseñanza» (artículo 1). De la regulación legal de esta lengua, desde las perspectivas de su protección y fomento, pueden destacarse las siguientes medidas: el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a emplearlo y expresarse en él (artículo 4.1) y a emplearlo en las comunicaciones orales o escritas con el Principado (artículo 4.2); la posibilidad de que en esta lengua se publiquen las leyes, disposiciones, resoluciones y acuerdos autonómicos (artículo 5); la imposición al Principado del deber de asegurar la enseñanza del bable-asturiano y de su promoción dentro del sistema educativo (artículo 9); la también imposición del deber de promover su

defensa en los medios de comunicación públicos y privados (artículo 12); y, por terminar, la disposición acerca de que los topónimos de la Comunidad Autónoma tendrán la denominación oficial en su forma tradicional (artículo 15).

Dado el objeto de este comentario, interesa destacar que la ley que estamos examinando se ha preocupado de contemplar la actuación de fomento, en relación con el bable, de los municipios del Principado: «Los ayuntamientos asturianos podrán adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectividad del ejercicio de los derechos lingüísticos que esta ley otorga a los ciudadanos residentes en Asturias» (artículo 8.1).

Llegados a este punto, dos son las dudas que se suscitan. La primera: si el bable tiene o no el carácter de lengua oficial. Y segunda: si los Ayuntamientos pueden declarar la oficialidad del bable dentro de su término municipal, al amparo de lo establecido en el artículo 8.1 de la ley, esto es, como una medida para asegurar la efectividad de los derechos lingüísticos de los ciudadanos.

La primera cuestión ha sido resuelta de forma expresa por el Tribunal Constitucional. En efecto, en su sentencia 27/1996, de 15 de febrero (RTC 1996/27), ha declarado que el Estatuto asturiano no atribuye al bable el carácter de lengua oficial: «es evidente que el artículo 4 del Estatuto Autonómico de Asturias no atribuye carácter oficial a la lengua utilizada por los recurrentes» (FJ. 1º). Idea que se reitera con posterioridad, al examinar la posible utilización del bable en el ámbito de los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado: «Ninguna duda se puede albergar de que sólo las lenguas cooficiales se encuentran permitidas como vehículo de los procedimientos administrativos, y el bable no lo es puesto que el Estatuto del Principado no lo establece así» (FJ. 3º).

De la segunda de las cuestiones apuntadas se ha ocupado el Tribunal Supremo. Nos sirve de antecedente la ya citada sentencia de 17 de febrero de 2004. Lo que se enjuicia es la validez de un acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Langreo, de 25 de septiembre de 1997, por el que se declara la oficialidad de la «llingua asturiana» dentro del municipio.

El punto de partida, coincidiendo con la doctrina del Tribunal Constitucional, como no podía ser de otro modo, es la consideración de que el bable no es lengua oficial en Asturias: «el Estatuto del Principado de Asturias, como se advierte del artículo 4, (...) no ha definido el bable como lengua oficial de Asturias» (FJ. 2º). A continuación, la sentencia subraya la imposibilidad de que un municipio pueda declarar la oficialidad de ninguna lengua, bable incluido. En consecuencia, el acuerdo plenario es nulo de pleno derecho.

A esta conclusión llega el Tribunal Supremo esgrimiendo dos argumentos. Por lo pronto, la falta de competencia del municipio para la toma de

esta decisión: «la falta de competencia del Ayuntamiento para declarar oficial el bable, pues (...) entre las competencias del Ayuntamiento de Langreo no se incluye las de declarar la oficialidad de una lengua» (FJ. 2º). Motivo al que debe sumarse un segundo: la reserva constitucional de esta decisión a un tipo normativo específico, a saber, los Estatutos de Autonomía. El artículo 3.2 de la Constitución, efectivamente, dispone que «las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos». Del precepto se deriva que el legislador constituyente ha remitido al legislador estatutario la decisión acerca de la declaración de una lengua como oficial en el correspondiente territorio autonómico («de acuerdo con sus Estatutos»). Así lo afirma el Tribunal Supremo: «la Constitución expresamente establece que la declaración de oficialidad de cualquier lengua, al margen del castellano, corresponde a los Estatutos de cada Comunidad Autónoma» (FJ. 2º).

Un conflicto similar ha llegado recientemente al Tribunal Supremo, constituyendo el objeto de la también citada sentencia de 4 de julio de 2008. Aquí, de nuevo, un municipio asturiano acuerda la declaración de oficialidad del bable. Se trata del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Nava, de fecha 8 de junio de 2001, por el que se aprueban las «Ordenanzas Municipales sobre Oficialidad de la Llingua». En este caso, por tanto, la atribución del carácter de lengua oficial se hace a través de una norma municipal: una ordenanza. Pues bien, con remisión a la sentencia precedente de 2004, el Tribunal vuelve a esgrimir los dos mismos argumentos para llegar a idéntica conclusión: la imposibilidad de que un municipio pueda declarar la oficialidad de una lengua, dentro de su territorio y, por supuesto, más allá. Especialmente útil resulta recordar el argumento según el cual del artículo 3.2 de la Constitución se deriva una reserva de declaración de oficialidad a un concreto tipo normativo, el estatutario. Con exclusión, pues, del resto de tipos de normas, incluidos los municipales: «las corporaciones locales carecen de competencia para declarar la oficialidad de una lengua, dentro o más allá de los límites del municipio o concejo, pues no se halla entre las facultades que tienen atribuidas, sino que es la propia Constitución la que expresamente dispone que corresponde determinarla a los Estatutos de cada Comunidad Autónoma, siendo por ende competentes para aprobarla a quienes les corresponde aprobar los referidos artículos» (FJ. 2º, que reproduce los razonamientos de la Sala de instancia). (A.G.)

IV. COMPETENCIA ESTATAL Y AUTONÓMICA EN MATERIA DE RELACIONES INTERNACIONALES. LA INCIDENCIA DEL ACUERDO CONTROVERTIDO EN LA POLÍTICA EXTERIOR DEL ESTADO ES UN ELEMENTO DETERMINANTE PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

El BOPV publicó el primero de abril de 2003 el Convenio firmado entre el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco y el denominado pueblo Kurdo, a través de la fundación Kawa. Dicho Convenio establecía que su objeto consistía en «seguir manteniendo y estrechando los vínculos entre el sistema sanitario de Euskadi y de Kurdistán Sur, al objeto de que la cooperación entre las partes contribuya a mejorar la asistencia sanitaria al Pueblo Kurdo».

El Convenio fue impugnado por la Administración del Estado. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó el recurso y procedió anular dicho Convenio. Recurrida en casación dicha sentencia, el Tribunal Supremo la confirmó mediante su sentencia de 10 de junio de 2008.

En su sentencia el Tribunal Supremo introduce un nuevo elemento para determinar la validez o no de los Convenios formalizados por las Comunidades Autónomas con entes o instituciones extranjeras, lo que le lleva a precisar el alcance de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales.

La doctrina hasta ahora general era la contenida en las sentencias 165/1994 de 26 de mayo y 175/1995 de 5 de diciembre. Según esta doctrina no toda acción exterior emprendida por una Comunidad Autónoma debe ser encuadrada en la materia «relaciones internacionales», lo que supondría negar la competencia autonómica. EL elemento determinante para decidir si el acuerdo o convenio debía o no formar parte de la materia «relaciones internacionales» era la naturaleza del sujeto con el que se firmaba el acuerdo. Si se trataba de un sujeto de derecho internacional, se estaba ante un acuerdo internacional reservado al Estado. Vale la pena recordar el contenido literal de la sentencia 165/1994: *«es necesario tener en cuenta que no cabe identificar la materia «relaciones internacionales» con todo tipo de actividad con alcance o proyección exterior. Ello resulta tanto de la misma literalidad de la Constitución (que ha considerado necesario reservar específicamente al Estado áreas de actuación externa que se consideran distintas de las «relaciones internacionales»: así, «comercio exterior» —art. 149.1.10— o «Sanidad exterior» —art. 149.1.16—) como de la interpretación ya efectuada por la jurisprudencia de este Tribunal, que ha manifestado que no acepta que «cualquier relación, por lejana que sea, con temas en que estén involucrados otros países o ciudadanos extranjeros, implique por sí sola o necesariamente que la competencia resulte atribuida a la regla «relaciones internacionales» [STC 153/1989]. ...Ahora bien, y aun cuando no quepa identificar toda activi-*

dad de proyección exterior con la materia de «relaciones internacionales» que la Constitución reserva a la competencia estatal, no es menos cierto que esa reserva supone forzosamente que quedarán fuera de las competencias de las Comunidades Autónomas todas aquellas actuaciones que sí sean incluíbles en ese título... en sentido positivo el objeto de aquella reserva —en términos generales, como se ha dicho— son las relaciones de España con otros Estados independientes y soberanos, el aspecto más tradicional de estas relaciones, y con las Organizaciones internacionales gubernamentales. Relaciones que, en todo caso, están regidas por el «Derecho internacional general» a que se refiere el art. 96.1 CE, y por los tratados y convenios en vigor para España. Son, pues, las normas del Derecho internacional, general o particular, aplicables a España, las que permiten determinar en cada caso tanto el contenido de las mismas como su sujeto. Por lo que este Tribunal ha podido referirse, en relación con el art. 149.1.3 CE, a materias tan características del ordenamiento internacional como son las relativas a la celebración de tratados (ius contrahendi), y a la representación exterior del Estado (ius legationis), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado [SSTC 137/1987 (RTC 1987/137), 153/1989 y 80/1993].

En suma, pues, las «relaciones internacionales» objeto de la reserva contenida en el art. 149.1.3 CE son relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho internacional. Y ello excluye, necesariamente que los entes territoriales dotados de autonomía política, por no ser sujetos internacionales, puedan participar en las «relaciones internacionales» y, consiguientemente, concertar tratados con Estados soberanos y Organizaciones internacionales gubernamentales».

La larga cita es reveladora del criterio sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para determinar el alcance de la materia «relaciones internacionales», criterio que le permitía resolver los conflictos competenciales que pudieran surgir en torno a actuaciones autonómicas con incidencia exterior.

Consecuentemente con la postura del Tribunal Constitucional el Gobierno Vasco sostuvo que el Convenio impugnado fue firmado con las instituciones del Kurdistán Sur, una nación sin Estado, y que su objeto se limitaba a mantener y estrechar los vínculos entre los sistema sanitarios de las entidades firmantes.

Frente a la postura de la Comunidad Autónoma recurrente el Tribunal Constitucional reconoce en primer lugar que el Protocolo se firmó por dos entidades que carecen de la condición de «sujeto de relaciones internacionales». No obstante, a continuación añade que dicho Protocolo «puede incidir en la política exterior del Estado español», y este dato lo convierte en un nuevo elemento determinante para resolver los conflictos competenciales en esta materia. Si el Protocolo puede incidir en la política exte-

rior del Estado, aunque se haya firmado con entidades que no son sujetos de derecho internacional, la competencia es exclusiva del Estado.

Recogiendo la doctrina ya elaborada por el TSJ del País Vasco, el Tribunal Supremo afirma: el Protocolo impugnado «fija una concreta intencionalidad política que no es otra que la de considerar, de hecho, que el Kurdistán debería ser una Nación con Estado». Por otra parte valora que esta situación «puede no ser compartida por otros Estados soberanos en los que el Kurdistán puede tener incidencia (Turquía, Siria, Irak, Irán) lo que puede llevar a posiciones difíciles para el Estado español respecto de estos otros Estados soberanos al ser fácilmente considerable el Protocolo como reconocimiento de una Nación kurda que no ha sido asumido ni por los Estados afectados ni por la Comunidad Internacional».

En definitiva, más allá del elemento formal de la existencia o no de un sujeto de derecho internacional como parte firmante del acuerdo o convenio, si el acuerdo o convenio afecta de forma directa a la política exterior del Estado la Comunidad Autónoma carecerá de competencia para formalizar este instrumento de relación exterior.(JT)

V. LOS LIBROS DE BAPTISMO NO SON FICHEROS SUJETOS A LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS

La petición de un ciudadano español ante la Agencia española de Protección de Datos solicitando que ésta instara al Arzobispado de Valencia para que procediera a la cancelación de su partida de bautismo ha dado lugar a una interesante sentencia, y voto particular, del Tribunal Supremo de fecha 19 de septiembre de 2008.

La AEPD estimó la petición del ciudadano y se dirigió al Arzobispado requiriéndole para que en el plazo de 10 días remitiera al reclamante certificación en la que constara que se había anotado en su partida de bautismo el ejercicio del derecho de cancelación. Nótese que no se requiere al Arzobispado para que cancele el hecho del bautismo, sino para que haga constar en dicho libro un hecho nuevo, el ejercicio por el bautizado de su derecho de que se cancelara dicha inscripción. De esta forma se podía entender que el bautizado hacía públicamente apostasía de su fe católica.

La resolución de la AEPD fue objeto de recurso ante la Audiencia Nacional, la cual lo desestimó. Frente a dicha sentencia interpuso recurso casacional el Arzobispado de Valencia, recurso que fue estimado por la citada sentencia de 19 de septiembre de 2008.

En la sentencia de primera instancia la Audiencia Nacional entendió que los libros de bautismo, en la medida en que recogen datos de carácter personal —al menos el nombre y apellidos del bautizado y el hecho mismo

del bautismo— con arreglo a criterios preestablecidos que permiten su tratamiento, son un fichero a los efectos de la legislación de protección de datos. A partir de esta premisa la Audiencia Nacional concluía que en la medida en que el libro de bautismo recogía un dato personal no exacto, al no responder con veracidad a la situación del afectado —que ya no se consideraba bautizado—, este dato debía ser corregido por aplicación del artículo 43 de la LOPD. Por ello la sentencia de la Audiencia confirma la resolución de la AEPD, resolución que considera proporcionada al fin perseguido en tanto que se limitaba a exigir que se hiciera constar en el libro de bautismo el ejercicio del derecho de cancelación, sin que por tanto desapareciera el hecho cierto de que en su día se produjo el bautismo.

Frente a la sentencia de instancia el recurso casacional planteó tres cuestiones de notable enjundia. Por un lado se alega que el Acuerdo entre España y la Santa Sede es un Tratado internacional por lo que, en aplicación del artículo 27 del Tratado de Viena, no puede ser alterado unilateralmente, ni siquiera como consecuencia de la posterior aprobación de la Constitución española. La parte recurrente añade que como el artículo 1,6 del Acuerdo con la Santa Sede establece que «el Estado respeta y protege la inviolabilidad de los archivos, registros y demás documentos pertenecientes a la Conferencia Episcopal española, a la Curias episcopales...y a otras instituciones y entidades religiosas», la AEPD carece de competencia para incidir en el contenido del libro de bautismo.

En segundo lugar la recurrente plantea que en el conflicto entre el derecho fundamental a la protección de datos del ciudadano reclamante y el derecho a la libertad religiosa, dentro del cual se debe incluir la libertad de organización de la Iglesia, debe prevalecer este segundo, o al menos, el derecho de libertad religiosa debería modular el alcance de las potestades de la AEPD, de forma que debía ser la Iglesia la que decidiera como efectuar la anotación en su libro de bautismo.

Por último la recurrente niega que los Libros de Bautismo sean ficheros a los efectos de la LOPD y, por tanto, afirma que no es aplicable dicha normativa al contenido de sus Libros.

Planteados los tres motivos de casación el Tribunal Supremo entiende que la última de las cuestiones suscitadas es la que debe examinarse en primer lugar por razones metodológicas. En base a este primer motivo estimará el recurso y no entrará en el examen de las otras cuestiones planteadas.

Centrada la cuestión en la aplicabilidad o no de la LOPD el Tribunal Supremo entiende que «no cabe aceptar que esos datos personales, a que se refiere la Sala de instancia, estén recogidos en los Libros de Bautismo, como un conjunto organizado tal y como exige el art. 3.b) de la LO 15/99, sino que resultan ser una pura acumulación de estos que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación en cuanto no están ordenados ni

alfabéticamente, ni por fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo, siendo absolutamente necesario el conocimiento previo de la Parroquia donde aquel tuvo lugar, no resultando además accesibles para terceros distintos del bautizado, que no podrían solicitar ajenas partidas de bautismo». Para el Tribunal, además, la interpretación del concepto de fichero que ha llevado a cabo es respetuosa con el contenido de la LOPD y la Directiva 95/46/CE, ya que dicho concepto «no presenta ninguna duda interpretativa».

Por otro lado el Tribunal Supremo no comparte la afirmación de la AN según la cual en el libro de Bautismo constaba un dato inexacto que debía ser rectificado. Para el Tribunal Supremo el Libro de Bautismo recoge un dato cierto, como es que se produjo el bautismo. Por ello, añade, cuando la persona solicita la cancelación de este dato no está pretendiendo que se corrija una inexactitud, sino que está solicitando un sistema nuevo y diferente de registro de datos personales.

En base a estos argumentos, que nos parecen discutibles, se estima el tercer motivo del recurso casacional y no se entra a analizar las otras dos cuestiones planteadas por la recurrente en su escrito. La estimación del recurso lleva a acordar la anulación de la Resolución de la AEPD de 23 de mayo de 2006.

La sentencia contiene un interesante y extenso voto particular formulado por el magistrado Joaquín Huelín Martínez de Velasco en el que discrepa tan sólo de una muy concreta afirmación que aparece en el contenido de la sentencia. Se trata del punto en el que la sentencia afirma que «la redacción de esta Directiva, por lo que se refiere a la definición de los ficheros en los términos expuestos, no presenta ninguna duda interpretativa».

Para el autor del voto particular la claridad de la norma comunitaria no se vincula a la convicción subjetiva que puede tener el Juez en el momento de aplicarla, sino en la condición objetiva del texto normativo, de forma que su contenido se ofrezca tan nítido que permita establecer con toda evidencia su exégesis. En el caso concreto, continúa el voto particular, la noción comunitaria de fichero de datos personales no parece tan clara, pues basta con tener en cuenta los aquilatados y trabajados razonamientos de la sentencia de la Audiencia Nacional para admitir que existía otra interpretación posible.

Como consecuencia de su razonamiento el autor del voto particular concluye que el Tribunal Supremo debió dirigirse al Tribunal de Justicia comunitario para interrogarle sobre el significado y alcance de la Directiva. En particular, para interrogarle sobre el significado de «conjunto estructurado de datos», como elemento definidor de un fichero, pues ello hubiera permitido concluir de acuerdo con una interpretación uniforme del derecho comunitario si el Libro de Bautismo es o no un fichero.(JT)