

II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por

TOMÀS FONT I LLOVET
JOAQUÍN TORNOS MAS
ORIO L MIR PUIGPELAT

I. ACTO ADMINISTRATIVO

La adecuación de la motivación en el control de la discrecionalidad administrativa

La doctrina y la jurisprudencia administrativas han ido consolidando desde hace años un conjunto de técnicas y criterios para efectuar una reducción de las potestades discrecionales de la Administración y el control de su ejercicio en cada caso. El Derecho positivo ha venido a concretar algunos de estos medios y, entre otros extremos, el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ha consagrado la exigencia de la motivación de todos los actos administrativos que sean ejercicio de una potestad discrecional.

La cuestión que se suscita, entonces, es la de determinar los requisitos para que en cada caso concreto pueda entenderse que existe motivación suficiente y adecuada a los fines perseguidos por la norma que se aplica. En el campo de la intervención administrativa en las actividades económicas, especialmente cuando se trata de medidas de fomento, la Administración acostumbra a alegar una amplia discrecionalidad técnica para valorar la concesión de las ayudas, que se encuentran necesariamente limitadas en su cuantía e inevitablemente condicionadas por múltiples factores técnicos, económicos y temporales.

En tales circunstancias, cuando se impugna la denegación de una ayuda, en no pocas ocasiones la jurisdicción contencioso-administrativa debe recurrir a una valoración de la prueba de carácter comparativo, esto es, contrastar si la motivación formalmente alegada para denegar la ayuda tiene un apoyo sustantivo y material, a la vista de lo realizado por la Administración en el conjunto de su actividad en aquel determinado ámbito de actuación, más allá del concreto expediente que se examina.

Una muestra de esta forma de control de la discrecionalidad nos la ofrece la STS de 5 de marzo de 2004, confirmatoria de la Sentencia de instancia que anulaba una resolución denegatoria de una ayuda en el sector de la industria de azulejos en la Comunidad Valenciana, y condenaba a la Administración a su reconocimiento a favor de la empresa recurrente. La Sala toma en consideración los expedientes aportados como prueba de otras empre-

sas, y considera, en efecto, que a otras tres empresas que tienen su actividad en el mismo municipio o en otros colindantes, que se dedican igualmente a fabricar azulejos, que han solicitado la subvención en fechas muy próximas (antes y después que la actora) y que obtienen informes semejantes (o peores) del Departamento de análisis de inversiones, a estas tres empresas se les concede la subvención que se deniega a la actora.

Para la Sala, la denegación sería conforme a Derecho si la Administración hubiera motivado cuáles eran las razones por las que, en idénticas circunstancias, a unas se les concede lo que se deniega a otra. Pero considera que no se aprecia que existan elementos en un caso y los otros que diferencien claramente a la actora, y en la motivación que se ha ofrecido por parte de la Administración se ha probado, sin duda, que ella misma ha apreciado lo contrario en supuestos idénticos.

A diferencia de la recurrente, para las otras tres empresas analizadas en el recurso seguido ante el órgano jurisdiccional, por haberse traído a los autos sus expedientes en trámite de prueba, la Administración ha considerado que la inversión se orienta hacia la zona promocionable, que favorece el potencial endógeno de la región y contribuye a un reparto equilibrado de las actividades económicas, y que el mercado puede absorber el incremento de producción previsto.

La conclusión de la Sala es que la resolución impugnada debe ser anulada porque no es ajustada a Derecho, su motivación ha quedado desvirtuada y se ha probado que el proyecto presentado cumple los requisitos establecidos por la Ley y por la propia Administración para lograr la subvención.

En su Sentencia de 5 de marzo de 2004, el Tribunal Supremo insiste en que la Sala de instancia, al pronunciar un fallo anulatorio de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda impugnada, ha procedido a realizar una adecuada apreciación de las circunstancias de hecho concurrentes y una ponderada valoración de los informes contenidos en el expediente administrativo y de las pruebas practicadas en sede del recurso contencioso-administrativo, que evidencian que la Administración ha vulnerado el principio de interdicción de la arbitrariedad que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, al denegar la subvención solicitada por la empresa recurrente en base a los motivos expresados de no orientar la inversión hacia la zona promocionable, no favorecer el desarrollo endógeno de la región porque no contribuye a un reparto equilibrado de las actividades económicas y porque no es posible que el mercado absorba el incremento de producción en la fabricación de gres.

Motivos todos los citados que han quedado desvirtuados al resolver en sentido contradictorio los tres expedientes de solicitudes de subvenciones examinados comparativamente, que revelan la identidad en la finalidad de alcanzar los objetivos que se trata de conseguir con la creación de la zona de promoción económica de la Comunidad Valenciana.

La Sentencia declara que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha ejercido la potestad jurisdiccional de control de la actuación administrativa en base a la aplicación de principios generales

del Derecho, conforme a los parámetros constitucionales que refieren los artículos 9, 24, 103, 106 y 117 de la Constitución, sin que haya invadido el ámbito de la potestad discrecional que corresponde a la Administración, al no fundamentarse la Sentencia en criterios subjetivos, sino en el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa y de conceptos jurídicos indeterminados.

Como decimos, en el contexto de este tipo de actividades económicas, el control de la discrecionalidad se hace especialmente difícil, y la propia jurisprudencia ha reconocido un amplio margen de discrecionalidad. Ahora bien, en el caso concreto, para despejar el riesgo de que la jurisdicción invada el ámbito de las potestades administrativas, el Tribunal Supremo se cuida de señalar que la Sentencia de la Sala de instancia no ha desconocido la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo sobre el alcance y los perfiles delimitadores del carácter potestativo o discrecional de la concesión de las subvenciones al amparo de la Ley de Incentivos Regionales y los Decretos que la desarrollan, doctrina que se resume en la Sentencia de 22 de septiembre de 2000, que se reproduce en la misma Sentencia de 5 de marzo de 2004.

Es de interés destacar, en conclusión, cómo el análisis de la suficiencia y adecuación de la motivación del acto recurrido debe efectuarse, en muchos de estos casos, por comparación con otras actuaciones paralelas de la Administración en las que formalmente se utilizan los mismos criterios técnicos y, sin embargo, ante supuestos de hecho similares, se llega a conclusiones contradictorias (T.F.).

2. COLEGIOS PROFESIONALES

A) *Estatutos Colegiales y ejercicio de la profesión.* *Nulidad parcial del Estatuto General de los Procuradores* *de los Tribunales de España*

El RD 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprobó el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, fue parcialmente impugnado por el Consejo General de la Abogacía española. El objeto central de la impugnación era el artículo 3.3 de los Estatutos, según el cual «el Procurador podrá ostentar la defensa del cliente cuando no esté reservada por ley a otras profesiones».

Para la entidad recurrente, el artículo 436 de la LOPJ reserva en exclusiva a los abogados la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos. Para la representación de los procuradores, el artículo 438 de la LOPJ les atribuye como función esencial la representación de las partes, pero ello no excluye que puedan asumir otras funciones dentro del proceso. El Abogado del Estado, por su parte, entendió que cabía interpretar la referencia a la defensa del cliente contenida en el Estatuto impugnado como una función propia de su actividad de representación dentro del proceso.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 21 de enero de 2004, estimó el recurso estableciendo una clara distinción entre la ordenación de la profesión y la fijación de las competencias profesionales, limitando el alcance de los Estatutos Colegiales al primer cometido.

Para el Tribunal Supremo (recogiendo doctrina de su anterior Sentencia de 11 de junio de 1992), «la función de ordenar la profesión prevista en la ley de Colegios profesionales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución, permite que por ley se regulen las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas, mas solamente puede ser ejercida dentro de los límites marcados por las atribuciones otorgadas por la ley, las cuales deben ser objeto de una interpretación restrictiva. En función de dicha interpretación, la facultad de ordenar el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados que el artículo 5, apartado i), de la ley de Colegios profesionales de 13 de febrero de 1974 atribuye a éstos, ha de ejercerse dentro del ámbito exclusivo de la función que el legislador atribuye a la profesión».

De esta forma, el Tribunal Supremo diferencia entre la asignación de competencias profesionales a los titulados, lo que configura el ámbito propio de una profesión, y la función de ordenar el ejercicio de esta profesión titulada. Esta segunda función es la que corresponde a los Colegios Profesionales a través, en primer lugar, de los Estatutos de la profesión. Pero estos Estatutos no pueden pretender determinar el contenido de la profesión, ya que este cometido está reservado a la ley (J.T.).

- B) *Colegiación obligatoria y libertad de asociación negativa.*
El Tribunal Supremo recoge la doctrina del Tribunal Constitucional y anula parcialmente los Estatutos Generales de la Organización Colegial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local

El Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 76 y 96/2003, de 23 de abril y 22 de mayo, reconoció el derecho a la no colegiación obligatoria de los funcionarios locales de habilitación nacional en virtud de sendos recursos de amparo interpuestos frente a las resoluciones que exigían el pago de las cuotas colegiales a dos funcionarios (esta doctrina ha sido reiterada en ulteriores sentencias).

Ahora el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 6 de abril de 2004, estima en parte el recurso interpuesto frente al RD 1922/2000, de 24 de noviembre, por el que se aprobaron los Estatutos Generales de la Organización Colegial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local, y declara la nulidad de los artículos 7.2-3 y 8.1, que imponían la colegiación obligatoria.

Los recurrentes impugnan en esta ocasión directamente la norma reglamentaria y alegan que la colegiación obligatoria que se impone en la misma vulnera el derecho de asociación en su vertiente negativa (derecho

a no asociarse), por lo que sólo mediante ley podría crearse un colegio profesional (art. 36 CE). A ello añaden que el régimen general de los Colegios Profesionales no es trasladable al colectivo de Secretarios, Interventores y Tesoreros, funcionarios locales con habilitación nacional que desempeñan actividades exclusivamente funcionariales.

El Tribunal Supremo hace en primer lugar expresa referencia a la jurisprudencia dictada sobre colegiación profesional en general (SSTC 132/1989, 139/1989, 113/1994, 179/1994), a las sentencias antes citadas que se dictaron en recursos de amparo sobre el mismo Colegio Profesional, así como a las SSTs de 11 de noviembre de 1994, 13 de julio de 1998 y 24 de octubre de 2003, también dictadas en relación a supuestos de colegiación obligatoria. A continuación recuerda que los Estatutos impugnados fueron aprobados por una norma de rango reglamentario.

En relación con ésta, el Tribunal señala que la falta de rango legal no conlleva automáticamente la nulidad de las normas que imponen la colegiación obligatoria, ya que las normas preconstitucionales que así lo imponían pueden declararse conformes a la Constitución. Es decir, la reserva de ley que impone la Constitución será exigible a las normas postconstitucionales, pero no en relación a las anteriores

Superada esta primera objeción en relación a la validez del Reglamento impugnado, que tiene fundamento en normas preconstitucionales, el Tribunal señala que lo relevante es analizar si la limitación de la libertad de asociación que el mismo impone está o no justificada.

Para resolver esta segunda cuestión, el Tribunal retoma la jurisprudencia antes citada y recuerda que el criterio esencial para estimar válida la colegiación obligatoria es analizar si la profesión a la que se impone esta obligación lleva o no a cabo funciones de interés general. En el caso de que se entienda que sí existen estas funciones de interés general podrá estar justificado el límite a la libertad de asociación en su vertiente negativa.

Fijado así el parámetro, el Tribunal Supremo analiza la actividad de los funcionarios locales de habilitación nacional y concluye que *«los fines esenciales de la organización colegial y el elenco de funciones que corresponden a los Colegios de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local (arts. 2 y 16 Real Decreto 1912/2000, de 24 de noviembre, por el que se aprueban los Estatutos generales de esa organización colegial), así como concretamente la de los fines y funciones del Colegio de la provincia de Valencia (arts. 7 y 8 de sus Estatutos), nos llevan a concluir, reconociendo su importancia y alcance, que no presentan una relevancia en la ordenación del ejercicio de la profesión a fin de garantizar el correcto desempeño de la misma que permita identificar con la intensidad suficiente la existencia de intereses públicos constitucionalmente relevantes que pudieran justificar en este caso la exigencia de la colegiación y no son los fines relacionados con los intereses corporativos integrantes del colegio los que pueden justificar la exigencia de la colegiación, ni tampoco las funciones que no trascienden del mero ámbito interno del colegio. Otro tanto sucede respecto a los fines y funciones que se proyectan en la actividad exterior del colegio, con los que son plasmación de un genérico e indeterminado deber de colaboración con las Adminis-*

traciones públicas competentes para la ordenación de la profesión y el apoyo y mantenimiento de su correcto ejercicio por parte de los colegiados, con las referidas al estímulo e impulso de la formación y perfeccionamiento profesional de éstos y, en fin, con el conjunto de funciones de prestación de servicios y de asesoramiento de muy diversa índole a distintos órganos públicos y a particulares».

En definitiva, la Sentencia comentada reproduce la doctrina de las sentencias dictadas en recursos de amparo por el Tribunal Constitucional, pero en este caso anula los preceptos reglamentarios de los Estatutos Colegiales que imponían la colegiación obligatoria. Si las sentencias dictadas en amparo protegieron la situación jurídica de los recurrentes, la Sentencia del Tribunal Supremo anula la norma e impide que en el futuro se exija la colegiación obligatoria a los funcionarios locales de habilitación nacional (J.T.).

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONVENIOS DE COLABORACIÓN CON ENTIDADES PRIVADAS

La aplicación de los principios de publicidad y concurrencia en la contratación administrativa ha recibido un fuerte impulso por parte de la normativa y jurisprudencia comunitarias. La reciente ampliación del ámbito subjetivo de la normativa de la contratación pública (Sentencias del TJCE de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003, y la posterior modificación del artículo 2 del RDL 2/2000 en virtud de la Ley 62/2003) es una clara muestra de esta tendencia.

Una de las formas de evitar la aplicación de los criterios contenidos en la normativa comunitaria, y traspuestos al Derecho interno en nuestra legislación de contratos de las Administraciones públicas, es el recurso a la figura del convenio, como negocio o contrato expresamente excluido de la aplicación de la normativa sobre los contratos que celebran las Administraciones públicas.

Éste es el caso de los convenios que se celebren entre una Administración y una entidad privada de conformidad con lo previsto en el artículo 3.1.d) del RDL 2/2000, ya que tales convenios se regularán «por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse» (art. 3.2 RDL 2/2000). La propia Ley de contratos excluye la sujeción de estos convenios a la normativa relativa a la fase de selección del contratista y adjudicación del contrato.

Es precisamente este hecho el que obliga a tener que precisar qué debe entenderse por convenio, y qué tipo de negocios bilaterales pueden incluirse en esta figura jurídica, ya que el recurso a esta categoría jurídica puede ser la vía de escape para evitar la aplicación de las reglas propias de la fase de preparación, selección y adjudicación de los contratos.

La STS de 18 de febrero de 2004 ha tenido ocasión de plantearse esta cuestión al impugnarse mediante recurso de casación la Sentencia del TSJ de Cataluña que declaró la validez del convenio de colaboración entre la Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalidad de Catalu-

ña y la entidad privada Grupo de Sanidad Porcina de Lleida, convenio cuyo objeto era crear una Unidad Sanitaria Porcina en Lleida. Este organismo de nueva creación tenía como actividad asistir a las empresas del sector en todas las cuestiones sanitarias que afectaran a su actividad de producción y comercialización de productos. Para la creación del nuevo organismo, la Generalidad aportaría los medios materiales y personales, y la entidad privada una determinada cantidad económica.

El convenio se formalizó previos los informes técnicos y jurídicos favorables, pero sin que existiera publicidad ni concurrencia. La impugnación se fundamentó en la infracción de estos principios, ya que, según la recurrente, se trataba de un contrato celebrado por la Administración y sujeto en la fase de adjudicación a la normativa de contratación pública.

El Tribunal Supremo parte en su análisis de una afirmación que, sin duda, puede compartirse: «la problemática relativa a los convenios de colaboración celebrados por la Administración es ciertamente complicada a causa, sobre todo, de la ausencia de una definición legal de los mismos, e incluso de un concepto doctrinal netamente perfilado sobre su naturaleza».

A partir de aquí, el Tribunal recoge algunas de las aportaciones doctrinales sobre la figura de los convenios y afirma a continuación que en todo caso debe ser la naturaleza del convenio, y no su denominación, lo que permita determinar si estamos o no ante un negocio bilateral al que no son aplicables los principios de publicidad y concurrencia.

Un argumento a favor de la figura el convenio es que no exista contraprestación pecuniaria. Otro argumento a considerar es el objeto del acuerdo, con el fin de analizar si el mismo coincide o no con el objeto propio de los contratos nominados.

Teniendo en cuenta estos presupuestos, el Tribunal entra a analizar el contenido del convenio impugnado y llega a la conclusión de que el mismo posee naturaleza contractual y, por tanto, estima que debió someterse en su fase previa a los principios de publicidad y concurrencia. En este sentido, el Tribunal afirma lo siguiente:

«Partiendo de lo anteriormente razonado ha de llegarse a la conclusión de que se impone acoger los argumentos expuestos en los tres submotivos examinados de este primer motivo de casación, puesto que a través de un denominado convenio de colaboración, concertado de modo directo y sin previo expediente que posibilite la concurrencia de otros posibles interesados que reúnan las condiciones de una oferta pública que no se ha formulado, el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalidad de Cataluña ha concertado con una entidad privada, constituida casi de modo simultáneo y para la consecución de unos fines que se solapan con los que va a perseguir la unión resultante de ese convenio, la prestación conjunta de un servicio de interés público que se considera de vital importancia para la provincia de Lérida, que supone importantes prestaciones materiales y pecuniarias y el otorgamiento a esa entidad privada de la facultad de proyectar y promover planes voluntarios y obligatorios de erradicación de enfermedades, realización de controles sistemáticos sanitarios

en granjas y establecimientos porcinos, emisión de informes técnicos y certificados sanitarios, o cualesquiera otras actividades que le sean encomendadas por el Departamento correspondiente; y también la utilización del laboratorio oficial de Sanidad Ganadera y disposición conjunta del personal oficial adscrito, con la consiguiente facturación de los servicios, a cambio de una aportación pecuniaria que implica el sufragio de los gastos que ocasionen las actuaciones derivadas del convenio suscrito.

No cabiendo dudar que el objeto del concierto pactado se halla directamente vinculado a la actividad específica de la Administración Pública contratante y satisface de manera directa una finalidad pública de la propia competencia de ésta, ha de concluirse igualmente que se encuentra incluido en el apartado *b)* del artículo 5.º de la Ley de Contratos del Estado y que no puede equipararse a los convenios de colaboración con particulares a que se refiere el apartado *d)* del artículo 3.º de la misma Ley, a los efectos de dispensa de someterse a los principios establecidos en su artículo 11» (J.T.).

4. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) *Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa: la competencia de dicho orden en materia registral*

La STS de 12 de enero de 2004 declara la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de los recursos contra las calificaciones efectuadas por los Registradores mercantiles.

En el caso que nos ocupa, un Registrador mercantil de Las Palmas denegó la inscripción registral de una escritura de constitución de una sociedad limitada autorizada notarialmente por considerar que faltaba el quórum especial exigido por los artículos 22 y 141.2 de la Ley de sociedades anónimas y 57.1 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada. El Notario que autorizó dicha escritura interpuso recurso de reforma, que fue desestimado por el citado Registrador, primero, y por la Directora General de Registros y del Notariado, después. El Notario interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicha desestimación, ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Dicho Tribunal, mediante Auto de 4 de diciembre de 2000, declaró su falta de jurisdicción y la competencia del orden civil. El TS, en la STS aquí reseñada, estima el recurso de casación interpuesto por el Notario contra dicho Auto y declara la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, pese a la oposición del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado.

La presente STS no contiene una argumentación propia, sino que se limita a remitir —transcribiendo sus pasajes clave— a tres sentencias anteriores (las SSTS de 15 y 24 de febrero y 22 de mayo de 2000), ratificando la doctrina en ellas mantenida.

En la primera, el TS declaró la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de los recursos interpuestos contra aquellas calificaciones de los Registradores (en ese caso, de la Propiedad) que entrañen

el ejercicio de una función de control *intrínseco* —no ya meramente extrínseco— del cumplimiento de auténticos *requisitos administrativos* (como, en el supuesto de hecho de dicha STS, la determinación del órgano administrativo competente para emitir la certificación exigida por el artículo 37 de la Ley del suelo de 1992). Según el TS, los Registradores resuelven en estos casos de manera definitiva una cuestión de carácter administrativo, no civil, debiendo por ello encuadrarse su impugnación en el artículo 9.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial, bajo la competencia del orden contencioso-administrativo.

En la segunda y la tercera STS, el Tribunal declaró la invalidez de parte de la modificación del Reglamento Hipotecario y del Reglamento del Registro Mercantil efectuada por el Real Decreto 1867/1998, por entender que vulneraba el principio de reserva de ley. En la última de ellas, el TS rechazaba expresamente pronunciarse sobre el carácter civil o administrativo del procedimiento de impugnación de las calificaciones de los Registradores.

El problema, sin embargo, es que dichos precedentes jurisprudenciales no parecen justificar la solución alcanzada por el TS en el caso que nos ocupa. En los párrafos transcritos de la STS de 24 de febrero de 2000 nada se dice sobre el orden jurisdiccional competente para conocer de los recursos contra las calificaciones registrales; en la STS de 22 de mayo de 2000, el Tribunal, pese a no quererse pronunciar sobre la cuestión, parece decantarse por considerar que dichos recursos constituyen actuaciones de jurisdicción voluntaria y, por tanto, de competencia de los tribunales civiles; y, sobre todo, en la primera STS, la de 15 de febrero de 2000, el supuesto de hecho difiere sustancialmente del de la STS aquí comentada: mientras en aquélla el Registrador, al efectuar la calificación, llevó a cabo un control intrínseco de un requisito administrativo (el órgano administrativo competente para emitir la certificación del art. 37 de la Ley del suelo de 1992), en ésta se pronuncia sobre una cuestión claramente civil —jurídico-mercantil— (la concurrencia o no del requisito mercantil del quórum especial exigido por la normativa reguladora de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada).

El TS, por ello, debería haber motivado mejor su decisión, en lugar de limitarse a transcribir SSTs que no guardan el debido paralelismo con el supuesto enjuiciado. El TS, aquí, da un paso más en la progresiva ampliación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en detrimento de la civil. Y ello habría requerido, cuando menos, una mayor fundamentación.

Sea como fuere, la doctrina expansiva sentada por el TS en esta STS tiene un carácter meramente transitorio, afectando únicamente a las calificaciones registrales anteriores a la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Como advierte el propio TS, dicha Ley (en su art. 102) ha añadido un nuevo artículo 328 a la Ley hipotecaria, en el que se atribuye de forma expresa al orden *civil* la competencia para enjuiciar las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado que desestimen (de forma expresa o presunta) el recurso

previamente interpuesto contra todo tipo de calificaciones efectuadas por los Registradores (O.M.).

B) *Legitimación activa y actos políticos: la impugnación del envío de tropas españolas a Irak*

En el breve pero importante y muy interesante ATS de 8 de enero de 2004 (ya comentado, favorablemente, por Manuel PULIDO QUECEDO, «Interés legítimo y acción pública», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 611, 12 de febrero de 2004, págs. 1 y 6), el TS aborda la espinosa cuestión de la impugnabilidad de los —en su día polémicos— Acuerdos del Consejo de Ministros del año 2002 y 2003 por los que el Gobierno español decidió el envío de tropas y de ayuda humanitaria a Irak.

El TS comienza su argumentación afirmando que dichos Acuerdos pertenecen a la categoría de los actos políticos, al referirse a relaciones internacionales y, eventualmente, a operaciones bélicas. El Tribunal, sin embargo, niega que de ello deba derivarse su inimpugnabilidad: según el TS, el artículo 2.a) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 ha puesto fin a la vieja polémica existente sobre la impugnabilidad de los actos políticos, al declarar la competencia de dicho orden para enjuiciar sus elementos reglados, proteger los derechos fundamentales y determinar las indemnizaciones que puedan derivarse de ellos. Los citados Acuerdos son, por ello, impugnables.

A continuación, el TS examina si el recurrente, un militar profesional español no afectado directamente por dichos Acuerdos, estaba legitimado para impugnarlos a título individual. Y llega a la conclusión de que no, inadmitiendo el recurso por falta de legitimación activa. A juicio del TS, el recurrente no ha probado que sea titular de un interés legítimo, requisito necesario para poder interponer el recurso contencioso-administrativo en ámbitos en los que, como éste, la legislación no reconoce de forma expresa la acción popular. El recurrente no ha probado, en definitiva, «la titularidad potencial de una situación de beneficio o de utilidad jurídica [...] que se materializaría [de] prospera[r la acción]», «los posibles efectos favorables o desfavorables que pueden tener los actos impugnados en [sus] derechos o expectativas legítimos», «un punto de conexión con [su] círculo vital de intereses» (en expresiones manejadas por las SSTs de 30 de enero de 2001, 12 de febrero y 22 de abril de 2002, para definir la noción de interés legítimo, y que el actual ATS recupera).

No parece que la decisión del TS hubiera variado de haberse visto el recurrente directamente afectado por los Acuerdos impugnados (debiendo partir a Irak, por ejemplo). Según el TS, su condición de militar profesional «no implica la legitimación, más bien al contrario, pues como él mismo reconoce, si le afectara directamente el envío de unidades militares al extranjero estaría obligado en virtud de obediencia debida».

El ATS plantea, a mi juicio, algunas dudas y paradojas. ¿No sería precisamente un soldado obligado a partir hacia Irak quien ostentaría el mayor

interés legítimo en la impugnación y anulación de unos Acuerdos que ponen en grave peligro su vida e integridad física —dos derechos fundamentales, y no meros intereses legítimos, protegidos por la Constitución—? El argumento de que no pueden impugnarse los Acuerdos que deben cumplirse, ¿no llevaría, de generalizarse, a la absurda conclusión de que ningún acto administrativo —por su carácter normalmente obligatorio e inmediatamente ejecutivo— resulta impugnable? (los actos que más sentido tiene impugnar son, precisamente, aquellos que deben cumplirse coactivamente). Si un militar no está legitimado para impugnar este tipo de Acuerdos, ¿quién lo estará?, ¿sus familiares, alguna asociación de representación de los intereses de los militares, alguna organización pacifista, el Estado extranjero que ha de ser objeto de la intervención militar española, el Parlamento?

El ATS, por otro lado, tiene el efecto paradójico de impedir, por la vía de la denegación de la legitimación, todo control judicial sobre los Acuerdos impugnados; al negar la legitimación, el TS ni siquiera entra a controlar los aspectos reglados de dichos Acuerdos. Tras la enfática afirmación de la impugnable de los actos políticos, el ATS acaba así propiciando un resultado semejante al que se registraba en las épocas de mayor esplendor de dicha figura, en las épocas en que menor era su control judicial. Expulsados por la puerta, los actos políticos parecen entrar de nuevo por la ventana de la legitimación, más incontrolables que antes.

Los actos políticos, entendidos como actos caracterizados por un grado máximo de discrecionalidad y oportunidad política, son necesarios en toda democracia. Pero sus aspectos reglados han de poder ser controlados por el juez. Y para ello debe reconocerse legitimación activa a quienes les afectan (O.M.).