

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: PRIMERA

Auto núm. /

Fecha del auto: 19/02/2018

Tipo de procedimiento: CUESTION DE COMPETENCIA

Número del procedimiento: 48/2017

Fallo/Acuerdo: Auto Falta de Competencia

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente

Lamarca

Transcrito por: Cgr

Nota:

Resumen

Cuestión de competencia. Retirada del exequátur al Cónsul de Letonia en España, mediante nota verbal remitida por el Ministerio de Asuntos Exteriores a la Embajada de dicho país. Falta de jurisdicción de los tribunales contencioso-administrativos.

CUESTION DE COMPETENCIA núm.: 48/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente

Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: PRIMERA

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frías Ponce

D. José Antonio Montero Fernández

D. José María del Riego Valledor

D^a. Inés Huerta Garicano

En Madrid, a 19 de febrero de 2018.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional se remiten, junto con exposición razonada, las actuaciones del procedimiento ordinario nº 1097/2016, por considerar que corresponde a este Alto Tribunal el conocimiento de dicho recurso.

Dado el oportuno traslado al Ministerio Fiscal, emite dictamen en el sentido de que la competencia para conocer corresponde a esta Sala de la Audiencia Nacional. El Abogado del Estado, por su parte, considera que la competencia corresponde a esta Sala del Tribunal Supremo. D. ... no ha presentado alegaciones.

SEGUNDO.- Por providencia de 16 de enero de 2018 la Sala acordó, con carácter previo a la resolución que proceda, oír al Ministerio Fiscal y a las partes sobre la jurisdicción del orden contencioso-administrativo para conocer de este asunto conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

El Ministerio Fiscal evacuó el trámite conferido en el sentido de que los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa carecen de jurisdicción para conocer del presente procedimiento. En sentido opuesto se manifestó el recurrente, D. ..., mientras que el Abogado del Estado solicitó a la Sala la inadmisión del recurso por incompetencia de jurisdicción o, subsidiariamente, la declaración de la competencia del Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para examinar la presente cuestión de competencia, son relevantes los siguientes antecedentes:

1º. Con fecha 14 de diciembre de 2016, la representación procesal de don ... interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional contra la Nota Verbal remitida por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación a la Embajada de Letonia, por la que se comunica a ésta la anulación de exequátur al recurrente como Cónsul de Letonia en España.

En dicho escrito, se hace constar que el recurso contencioso-administrativo se interpone no sólo por considerar dicha nota verbal contraria a derecho y a los intereses del recurrente, sino «en especial por la vulneración del derecho al honor protegido por el artículo 18 CE por las manifestaciones que en la misma se contienen».

Y siempre en el mismo escrito, se añade que no se acompaña copia de la nota verbal «al no haber sido notificada la misma y habérsele negado su entrega por la administración»; pero se aporta copia de la denegación de la solicitud de acceso a la información pública al amparo de la Ley 19/2013 - donde se reconoce la existencia de la nota verbal impugnada- y copia de la información sobre el asunto aparecida en el diario *ABC* de 17 de septiembre de 2016 «con manifestaciones atentatorias contra el derecho al honor del Sr. ... conteniendo afirmaciones falsas (como se acreditará) y atribuyéndole un mal ejercicio de su función consular».

2º. Mediante auto de 15 de junio de 2017, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional elevó exposición razonada en que, tras explicar pormenorizadamente que el acto impugnado se rige por el Derecho Internacional, concluye que la competencia objetiva corresponde en todo caso a esta Sala porque la decisión de anular el exequátur es del Gobierno; y no del Ministro de Asuntos Exteriores, que actúa «como órgano de transmisión».

3º. En su preceptivo informe, fechado el 2 de octubre de 2017, el Ministerio Fiscal expresa dudas sobre la sujeción del acto impugnado al Derecho Administrativo. Pero, tras recordar que el recurrente sostiene que

dicho acto ha lesionado su derecho al honor, terminó por entender que el recurso contencioso-administrativo es admisible. Y en cuanto a la competencia objetiva, dijo que corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ya que -al margen de otras consideraciones- autor formal del acto es el Ministro de Asuntos Exteriores.

El informe del Ministerio Fiscal fue puesto de manifiesto al recurrente y al Abogado del Estado para que hiciesen las alegaciones oportunas. El recurrente no formuló ninguna; y en cuanto al Abogado del Estado, presentó escrito de 3 de noviembre de 2017. Tras hacer referencia a las normas de Derecho Internacional que consideraba aplicables al caso, sostuvo que la competencia objetiva es de esta Sala, porque la anulación del exequátur es un acto del Gobierno aun cuando se comunique a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

4º. Mediante providencia de 17 de enero de 2018, esta Sala acordó oír al Ministerio Fiscal y a las partes sobre la jurisdicción del orden contencioso-administrativo para conocer del presente asunto. Las respuestas fueron como sigue:

A) El Ministerio Fiscal, por escrito de 22 de enero de 2018, recuerda que ya en su anterior escrito había dicho que la razón para reputar admisible el recurso contencioso-administrativo era la alegada vulneración del derecho al honor. Pero inmediatamente añade que el recurrente no ha conectado esa pretendida lesión de un derecho fundamental con ninguna infracción del ordenamiento jurídico que pueda considerarse comprendida dentro de los límites de la jurisdicción contencioso-administrativa; y ello a pesar de que tuvo ocasión de hacerlo, cuando se le dio traslado del anterior informe de 3 de noviembre de 2017. De aquí que el Ministerio Fiscal concluya ahora que debe declararse la falta de jurisdicción del orden contencioso-administrativo para conocer de este asunto.

B) El recurrente, por escrito de 6 de febrero de 2018, sostiene que declarar inadmisibile el recurso contencioso-administrativo sin haber reclamado

previamente el expediente administrativo, le causaría indefensión; que la vulneración de derechos fundamentales y el control de los elementos reglados de los actos del Gobierno son, en todo caso, materia propia de la jurisdicción contencioso-administrativa; y en cuanto a la competencia objetiva, que debe aceptarse que es de esta Sala «para evitar a esta parte una peregrinación judicial y múltiples dilaciones indebidas».

C) El Abogado del Estado, por escrito de 8 de febrero de 2018, realiza un detenido examen de toda la regulación jurídico-internacional del otorgamiento y retirada del exequátur a los cónsules, reitera que la materia no está sometida al Derecho Administrativo; que no hay ningún elemento reglado en el acto impugnado, susceptible de ser controlado en sede jurisdiccional; y que la vulneración del derecho al honor, de existir, no sería imputable a la Administración del Estado. Concluye así sosteniendo que debe declararse la falta de jurisdicción.

SEGUNDO.- Abordando ya el tema a decidir, conviene comenzar por la alegación del recurrente sobre la improcedencia de pronunciarse sobre la falta de jurisdicción sin haber reclamado previamente el expediente administrativo. Es verdad que el art. 51.1.a) LJCA establece que «el Juzgado o Sala, tras el examen del expediente administrativo, declarará no haber lugar a la admisión del recurso cuando constare de modo inequívoco y manifiesto (...) la falta de jurisdicción o la incompetencia del Juzgado o Tribunal». Ahora bien, esta Sala ha declarado que puede prescindirse de la reclamación del expediente administrativo cuando éste no es necesario para apreciar la falta de jurisdicción, por resultar del propio acto que es objeto de impugnación. Véase, en este sentido, nuestro auto de 16 de junio de 2016 (rec. nº 2667/2015).

Además, en el presente caso hay otra razón por la que la previa reclamación del expediente administrativo no resulta necesaria para examinar la posible falta de jurisdicción: como se verá enseguida, la incoación y tramitación de un expediente administrativo no es necesaria para adoptar el acto impugnado. Más aún, la existencia de un expediente administrativo es incompatible con la esencia misma de actos como el aquí considerado.

TERCERO.- Una vez establecido que esta Sala puede examinar en este momento procesal el problema de la jurisdicción, es preciso determinar la naturaleza del acto impugnado, a saber: una nota verbal por la que se retira el exequátur a un cónsul acreditado en España. Con la expresión «nota verbal» se designa la comunicación oficial entre una representación diplomática y el Gobierno del Estado ante el que está acreditada. Se plasma por escrito. El adjetivo «verbal» es un residuo histórico, ya que antiguamente la nota documentaba los términos de una previa conversación.

Que la nota verbal se transmite a través del Ministerio de Asuntos Exteriores está fuera de discusión, ya que es ese departamento el que se ocupa de la comunicación con las representaciones diplomáticas acreditadas en España. Cuestión distinta es quién toma la decisión incorporada o recogida en la nota verbal. Esto seguramente dependerá de su concreto contenido en cada caso; pero cabe entender, como indica la Sala de instancia, que decisiones especialmente graves e importantes en las relaciones con otro Estado son tomadas por el Gobierno, a quien corresponde la dirección de la política exterior a tenor del art. 97 CE.

Dicho esto, la discusión sobre si una decisión debe sustancialmente atribuirse al Gobierno o sólo a un Ministro podría tener relevancia a efectos de determinar la competencia objetiva para conocer del recurso contencioso-administrativo; pero es irrelevante cuando de lo que se trata es de dilucidar si dicha decisión puede ser objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Aquí el problema ya no es de delimitación de competencia entre los distintos órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, sino de la extensión y límites de éste.

Lo que debe dilucidarse es, así, si la decisión tomada por el Poder Ejecutivo español de retirar el exequátur al Cónsul de Letonia en España –al margen de que fuera incorporada en una nota verbal y comunicada por el Ministro de Asuntos Exteriores- puede ser objeto de control en vía contencioso-administrativa.

CUARTO.- La respuesta breve de esta Sala podría ser simplemente que no, porque se trata de una decisión que toca la esencia misma de las relaciones internacionales entre dos Estados soberanos; materia que tradicionalmente se ha considerado ajena al contencioso-administrativo.

No obstante, para evitar posibles malentendidos, no es ocioso hacer un razonamiento más articulado. Como atinadamente observan la Sala de instancia y el Abogado del Estado, el otorgamiento y la retirada del exequátur - es decir, del consentimiento o beneplácito- a los representantes consulares no es materia regulada por el Derecho Administrativo, tal como exige el art. 1 LJCA para que los tribunales contencioso-administrativos puedan conocer de un asunto. Se trata de una materia regulada por el Derecho Internacional, codificado en este extremo por el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963.

El art. 12 del Convenio dispone que «el jefe de la oficina consular será admitido al ejercicio de sus funciones por una autorización del Estado receptor llamada exequátur, cualquiera que se la forma de esa autorización». Y más adelante añade que «el Estado que se niegue a otorgar el exequátur no estará obligado a comunicar al Estado que envía los motivos de esa negativa». Es claro que otorgar o denegar el exequátur es un acto libérrimo del Estado receptor, que no está obligado a dar explicación alguna.

Y si esto vale para el momento inicial del ejercicio de la función consular, vale igualmente para el momento de su terminación. En efecto, el art. 23 del Convenio establece que «el Estado receptor podrá comunicar en todo momento al Estado que envía que un funcionario consular es persona non grata, o que cualquier otro miembro del personal ya no es aceptable», reiterando después que «el Estado receptor no estará obligado a exponer al Estado que envía los motivos de su decisión». Por cierto, a tenor del art. 1 del Convenio, «funcionario consular» es «toda persona, incluido el jefe de la oficina consular, encargada con ese carácter de funciones consulares».

A la vista de cuanto queda expuesto, cabe extraer una segunda conclusión: no sólo la decisión de retirar el exequátur pertenece al puro ámbito del Derecho Internacional, sino que es absolutamente libre y no necesitada de justificación. De aquí se infiere que no hay elementos reglados, ni expediente administrativo alguno: se trata de una decisión que, con arreglo a las normas jurídico-internacionales que la regulan, se adopta sin ningún trámite. Ello significa que ni siquiera desde el punto de vista de los elementos reglados de que habla el art. 2 LJCA cabría fundamentar la jurisdicción del orden contencioso-administrativo en el presente caso.

QUINTO.- Una vez establecido que la decisión de anular el exequátur, en sí misma considerada, queda fuera del control en vía contencioso-administrativa, sólo queda lo relativo a la lesión del derecho al honor que el recurrente dice haber padecido. A este respecto es preciso hacer dos consideraciones.

La primera es que el destinatario de la nota verbal por la que se comunica la anulación del exequátur de un cónsul, no es éste, sino el Estado que lo envía. El cónsul es un mero agente de ese Estado, por lo que el otorgamiento y la retirada del exequátur no es algo que le concierna personalmente. Jurídicamente es un acto de Estado a Estado.

Ello no excluye -y ésta es la otra consideración- que se haya podido producir una lesión del derecho al honor del recurrente. Pero tal lesión, de existir, no sería imputable a la retirada del exequátur, ya que el mero hecho de adoptar una decisión jurídicamente libre y no necesitada de justificación no puede considerarse contraria al honor; y menos aún al honor de alguien que actúa como agente de un Estado, no como persona particular. Además, no debe olvidarse que, tal como el propio recurrente ha afirmado reiteradamente, la actitud del Gobierno español ha sido en este punto de absoluto hermetismo.

La conclusión de todo ello es que la reparación de la vulneración de un derecho fundamental que el recurrente dice haber sufrido habrá de exigirse a la persona que haya efectivamente causado tal vulneración y mediante el proceso que corresponda, que no puede ser –por todo lo razonado hasta aquí–

un recurso contencioso-administrativo dirigido contra la Nota Verbal remitida por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación a la Embajada de Letonia, por la que se comunica a ésta la anulación de exequátur al recurrente como Cónsul de Letonia en España.

En suma, debe declararse la falta de jurisdicción del orden contencioso-administrativo para conocer del presente asunto, con el consiguiente archivo de las actuaciones.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Declarar que los tribunales del orden contencioso-administrativo carecen de jurisdicción para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de don ... ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, contra la Nota Verbal remitida por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación a la Embajada de Letonia, por la que se comunica a ésta la anulación de exequátur al recurrente como Cónsul de Letonia en España, debiéndose archivar las actuaciones.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.



Recurso N°: 48/2017