

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2012

Coord.: **Ramón CASAS VALLÉS** (Universidad de Barcelona). **Carles VENDRELL CERVANTES** (Uría & Menéndez).

**STC 12/2012, de 30 de enero**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Asua Batarrita.**

**Conceptos: Derecho a la libertad de información. Derechos a la intimidad y a la propia imagen. Cámara oculta.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1 d) CE.**

El uso de cámaras ocultas para la captación y grabación de imágenes que constituyen el objeto de un reportaje periodístico es una técnica informativa –adscrita al llamado periodismo de investigación– indudablemente eficaz para revelar y acreditar hechos de mayor o menor interés público. Se trata, usualmente, de hechos o afirmaciones que solo podrían haberse generado y captado por medios técnicos por el hecho de que la persona o personas que participan en esos hechos o realizan esas afirmaciones confiaron, erróneamente, en que su imagen y su voz no era captada y en que su interlocutor no era un periodista.

La producción y emisión en televisión de determinados reportajes fue objetada en los tribunales de la jurisdicción civil por algunas de esas personas cuya imagen y voz fue captada y difundida sin su autorización, al entender que sus derechos a la intimidad y a la propia imagen habrían sido infringidos. La confirmación por parte de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS de la estimación de estas demandas por vulneración de los derechos indicados motivó que la productora (Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A.) y las cadenas de televisión que emitieron los reportajes litigiosos (Televisión Autonómica Valenciana, S.A., y Antena 3 de Televisión, S.A.) interpusieran distintos recursos de amparo por vulneración del derecho a la libertad de información del artículo

lo 20.1 d) CE, que han sido sucesivamente resueltos, en sentido desestimatorio, por las SSTC 12/2012, 24/2012 y 74/2012.

Como advierte la primera de estas Sentencias –a la que se remiten las siguientes–, es la primera vez que el Tribunal Constitucional debe abordar el conflicto entre derechos fundamentales que suscita «*el uso de una cámara oculta de grabación videográfica como medio de intromisión en un reducto privado donde se registra de forma íntegra la imagen, voz y la forma de conducirse en una conversación mantenida en un espacio de la actividad profesional de la afectada*» (FJ 3 *in fine*).

A continuación, se reseña la STC 12/2012, que, como queda dicho, contiene la doctrina aplicada por el resto de las resoluciones que han resuelto estos recursos de amparo.

1) *Origen del litigio en la jurisdicción ordinaria.*–Producción y emisión de un reportaje televisivo en el que una periodista acudió, haciéndose pasar por una paciente, a la consulta de una esteticista y naturista y captó la imagen y la voz de esta por medio de una cámara oculta. Las imágenes del reportaje fueron usadas en el marco de un programa de televisión en el que se cuestionaron la existencia de falsos profesionales que intervienen en el ámbito de la salud y su fiabilidad.

2) *Encuadramiento del conflicto constitucional y secuencia del enjuiciamiento.*–La relevancia constitucional del conflicto civil que está en el origen del presente recurso de amparo reside en el conflicto «*entre la libertad de comunicar información veraz de un medio de comunicación y los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen de la esteticista/naturista*» (FJ 2). Más en particular, reside en determinar si el juicio de ponderación entre estos derechos que realizó la Sala 1.<sup>a</sup> del TS –resuelto a favor de los derechos a la intimidad y a la propia imagen– «*vulneró el artículo 20.1 d) CE*» (*ibid.*). Para este enjuiciamiento, el TC sintetiza, en primer lugar, su doctrina acerca del contenido de la libertad de información y de los derechos a la intimidad y a la propia imagen y, en segundo lugar, la del contenido de los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

3) *Síntesis de la doctrina constitucional sobre el contenido de la libertad de información.*–La caracterización que se contiene en la presente sentencia del derecho fundamental a la libertad de información no presenta particularidades relevantes: en ella, se insiste en la necesaria conexión entre las informaciones protegidas por ese derecho y su relevancia pública, de manera que «*la protección constitucional se ciñe a la transmisión de hechos “noticiales” por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública*» (FJ 4). En concreto, para determinar qué informaciones contribuyen de este modo a la formación de la opinión pública, la sentencia del TC recurre –como en el resto de sus pronunciamientos– a la jurisprudencia del TEDH, lo que conduce a restringir el alcance de ese derecho a aquellas informaciones que realmente contribuyen «*a un debate de interés general, sin que la satisfacción de la curiosidad de una parte del público en relación con detalles de la vida privada de una persona pueda considerarse contribución a tal efecto*» (*ibid.*). Este planteamiento no es en modo alguno contradictorio con la jurisprudencia constitucional en relación con el contenido y alcance del derecho fundamental del artículo 20.1.d) CE; pero sí puede serlo con alguna de sus aplicaciones por parte de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS (*vid.*, en particular, la STS de 12 de junio de 2009, caso *María Reyes*, RJ 2009/3392).

4) *Síntesis de la doctrina constitucional sobre el contenido de los derechos a la intimidad y a la propia imagen: la doctrina de las expectativas razonables de privacidad y el encuadramiento de la protección jurídica de la voz en el derecho fundamental a la propia imagen.*- En cuanto a la caracterización de los derechos fundamentales a la intimidad personal y al derecho a la propia imagen con arreglo a la jurisprudencia constitucional, la sentencia del TC incluye dos contribuciones relevantes:

a) En primer lugar, en relación con el derecho a la intimidad, el TC recurre a la jurisprudencia del TEDH para (i) confirmar que el contenido de protección de este derecho no solo comprende informaciones que tienen origen en un ámbito estrictamente doméstico o privado, sino también aquellas que se desarrollan «en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión» (FJ 5); y (ii) para introducir un concepto relativamente nuevo en la jurisprudencia constitucional que sirve al propósito de definir «cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegibles frente a intromisiones ilegítimas»: el de las expectativas razonables de privacidad. Se trata de un concepto subjetivo, claramente inspirado en la jurisprudencia del TEDH y frecuente en la jurisprudencia inglesa [vid., por ejemplo, *Murray v Express Newspapers Plc.* (2008) EWCA Civ 446], que atiende por tanto a las «expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno» (ibid.). Desde esta consideración, el TC concluye que las informaciones captadas en la consulta de la esteticista y naturista –y, en general cualquiera que se capte en un «despacho donde se realizan las consultas profesionales» (ibid.)– quedan comprendidas en el ámbito objetivo del derecho a la intimidad.

b) En cuanto al derecho fundamental a la propia imagen, la caracterización de la sentencia del TC es relevante en cuanto a que reconoce inequívocamente que la protección de la voz forma parte del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE. Esta afirmación no es novedosa en la jurisprudencia constitucional [ya se encontraba en la STC 117/1994 (*Ana Obregón*), FJ 3] y en la STC 23/2010 (*Chabeli*, FJ 4)], pero importa recordar que la inclusión expresa de la voz en el ámbito objetivo del derecho fundamental del artículo 18.1 CE proviene del legislador (orgánico) de la LO 1/1982 (art. 7.6), lo que había generado dudas acerca de su concreta inclusión en el ámbito constitucional protegido por el artículo 18.1 CE. Es claro, por tanto, que para el TC el derecho fundamental a la propia imagen se extiende a la voz y, en general y según se desprende del FJ 5 *in fine* de esta STC 12/2012, a los «rasgos distintivos de la persona que hacen más fácil su identificación».

5) *El canon de enjuiciamiento del conflicto entre libertad de información y derechos a la intimidad y a la propia imagen: el juicio de proporcionalidad.*–Para enjuiciar el conflicto entre los derechos cuyo contenido ha sido reseñado, el TC recurre, con aparente sencillez, al juicio de proporcionalidad característico de la jurisdicción constitucional: «la intromisión en los derechos fundamentales de terceros resultante del ejercicio de la libertad de información sólo será legítima en la medida en que la afectación de dichos derechos resulte adecuada, necesaria y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la libertad de información» (FJ 6). La aplicación práctica de este juicio al conflicto suscitado por el uso de cámaras ocultas conduce a concluir, como acertadamente señala la sentencia del TC, que

«allí donde quepa acceder a la información pretendida sin necesidad de colisionar con los derechos referidos, queda deslegitimada, por desorbitada o desproporcionada, aquella actividad informativa innecesariamente invasora de la intimidad o la imagen ajenos» (ibid.). Ahora bien, a renglón seguido y en un razonamiento escasamente ligado al juicio de proporcionalidad en sentido amplio, el TC se apresura a resaltar los «*perfiles singulares derivados de la especial capacidad intrusiva del medio específico utilizado para obtener y dejar registradas las imágenes y la voz de una persona*». De este modo, el TC –que avanza así la resolución del conflicto– da a entender que su enjuiciamiento no atenderá con carácter preliminar a si el uso de la cámara oculta es adecuado o necesario para cumplir con la finalidad amparada por el derecho a la libertad de información (que es lo que el recurso a la juicio de proporcionalidad exigiría en primer término), sino ante todo al carácter lesivo o intrusivo de la técnica periodística en cuestión, o, dicho de otro modo, a la deslealtad que supone el recurso a ella.

6) *Aplicación al caso.*—Desde esta última consideración, no ha de sorprender el resultado del juicio del TC: con independencia de que «*la información hubiera sido de relevancia pública, los términos en que se obtuvo y registró, mediante el uso de una cámara oculta, constituyen en todo caso una ilegítima intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen [...] No existiendo consentimiento expreso, válido y eficaz prestado por el titular del derecho afectado, es forzoso concluir que hubo una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad personal*» (FJ 7). Solo después de alcanzar esta conclusión –extensible a la vulneración del derecho a la propia imagen–, el TC considera, con carácter claramente secundario y con poca convicción, que el uso de la cámara oculta no fue necesario ni adecuado «*para el objetivo de la averiguación de la actividad desarrollada*», pues para ello «*hubiera bastado con realizar entrevistas a sus clientes*». E insiste en la *ratio decidendi* de su pronunciamiento: «*lo que está constitucionalmente prohibido es justamente la utilización del método mismo (cámara oculta)*» por su carácter lesivo o intrusivo de los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

Además de las SSTC 24/2012 y 74/2012 que, como va reiteradamente dicho, se remiten a la STC 12/2012, en las SSTC 17/2012 y 23/2012 subyacen conflictos similares, pero que no han sido abordados por el hecho de que la interposición de los respectivos recursos de amparo se realizó fuera de plazo.

#### **STC 21/2012, de 16 de febrero**

**CI: Artículo 43.1 Ley catalana 9/1998 (Código de familia de Cataluña), por invasión de la competencia estatal en materia procesal. Se estima la inconstitucionalidad y se declara nulo el precepto impugnado.**

**Ponente: Pérez Vera. Voto particular discrepante de Gay Montalvo.**

**Conceptos: Cataluña. Competencias autonómicas en materia procesal. Especialidades derivadas de particularidades del Derecho civil propio. Proceso de divorcio y liquidación del régimen económico de separación de bienes.**

**Preceptos de referencia: Artículo 43. 1 Ley catalana 9/1998 (Código de familia de Cataluña) y artículo 149.1.6.<sup>a</sup> CE.**

En Cataluña, como es notorio, el régimen económico matrimonial por defecto es el de separación de bienes. No se trata de un régimen excepcional, pactado por personas de elevado estatus económico o cuyos específicos y meditados intereses patrimoniales reclamen tal solución, como acaso sucede en otros lugares de España. Salvo que acuerden lo contrario –cosa del todo inusual– todos los matrimonios catalanes quedan sujetos a ese régimen. Sus ventajas son importantes. Pero también tiene inconvenientes. Éstos se ponen claramente de manifiesto cuando el matrimonio entra en crisis e incluso, en no pocas ocasiones, *post mortem* cuando se disuelve por fallecimiento. Los catalanes hace tiempo que se vienen aplicando a corregir las deficiencias de un régimen un tanto mitificado por aquellas clases sociales para las que, en efecto, fue y sigue siendo útil. Lo han hecho a través de sus legisladores, mediante la compensación por el trabajo en el hogar o en beneficio del otro cónyuge, cuya versión actual supone un nuevo paso para alejarse de la separación absoluta y aproximarse al régimen de participación en las ganancias (*cf.* art. 232-5 y 6 de la Ley catalana 25/2010, Libro II del Código civil de Cataluña, CCCat) Pero, al margen de esos movimientos, hace tiempo que los ciudadanos vienen también tomando medidas por sí mismos, consistentes, básicamente, en constituir comunidades proindiviso sobre los bienes más valiosos, entre los que destaca –si no es el único– la vivienda familiar. En caso de crisis conyugal (esto es, de divorcio, pues la separación está en trance de pasar a la historia y la nulidad no es propiamente una crisis conyugal), todo se reduce a disolver el vínculo y deshacer la comunidad o comunidades que se hubieran podido crear.

El cóctel típico lo forman una demanda de divorcio y una acción de división de la vivienda común. Son los dos lados de una misma moneda. Precisamente por ello el artículo 43.1 de la Ley 9/1998 (Código de Familia de Cataluña, CF) permitía a los cónyuges casados en régimen de separación de bienes ejercitar la acción de división de la cosa común en el propio procedimiento matrimonial. De este modo se evitaba la necesidad de dos procesos. La norma rezaba como sigue:

*«En los procedimiento de separación, divorcio o nulidad y de ejecución en el orden civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas a que hace referencia el artículo 42, de matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de cosa común con respecto a los que tengan en pro indiviso. Si los bienes afectados son más de uno y la autoridad judicial lo estima procedente, aquéllos pueden ser considerados en conjunto, a efectos de la división.»*

Esta fue la norma invocada en un proceso de divorcio contencioso planteado el 17 de noviembre de 2005 ante los Juzgados de Arenys de Mar (Barcelona). El esposo, demandante, solicitaba la disolución del matrimonio, junto con el cese de la atribución de la vivienda familiar a la esposa y la división de esta como bien en proindiviso. La esposa demandada pidió conservar el uso de la vivienda sin oponerse a la acción de división. Fue el juez quien vio los problemas en relación con esta. Hay que tener en cuenta que los procesos matrimoniales se sustancian por los trámites del juicio verbal con algunas especialidades (*cf.* art. 748 de la Ley de Enjuiciamiento civil, LEC) y que el artículo 438 LEC, antes de su reforma en 2012, no permitía la acu-

mulación de las dos acciones, de tal forma que debían tramitarse dos pleitos sucesivamente: uno para la disolución del matrimonio y otro, después, para la liquidación del régimen, cuando hubiera una masa común de bienes (art. 806 LEC). Este era el recorrido que el artículo 43.1 CF quería ahorrar a los catalanes para muchos de los cuales la «masa común de bienes» suele reducirse a la vivienda, con frecuencia hipotecada, y unos cuantos ahorros. En esta línea se situaría también el breve voto particular del magistrado del TC Gay Montalvo, en el que la constitucionalidad de la norma se argumenta con «*motivos de economía procesal, agilidad y eficiencia en la respuesta judicial*».

El juez, sin embargo, consideró que el artículo 43.1 CF infringía la distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma, al tratarse de una norma procesal no justificada por especialidad alguna del Derecho sustantivo catalán. En coherencia con tal criterio, y como garante de la constitucionalidad de las leyes, suspendió el procedimiento y elevó cuestión al TC. Cuando este conoció de ella el artículo 43.1 CF ya había sido derogado junto, con el resto del CF catalán (aunque la norma se mantuvo como art. 232-12.1 del nuevo CCCat). Pero esta circunstancia no dejaba sin efecto la cuestión pues, a fin de cuentas, el artículo 43.1 CF era la norma que el juez debía aplicar de acuerdo con las disposiciones transitorias del CF (*cf.* FJ 2 de la STC).

No planteaba muchas dudas la naturaleza de procesal del artículo 41.3 CF. Por ello el debate se centró esencialmente en la cuestión de si, pese a lo anterior, debía admitirse la competencia autonómica al amparo de la excepción prevista para «especialidades» procesales derivadas de «particularidades» del derecho sustantivo (art. 149.1.6.<sup>a</sup> CE; para las competencias autonómicas en materia civil, *vid.* arts. 9 y 129 de los Estatutos de 1979 y 2006, respectivamente). La resolución del TC lo niega con invocación de la doctrina sentada en la anterior STC 47/2004 (Ley gallega 11/2003, sobre el recurso de casación en material de Derecho civil de Galicia).

Para sus defensores, la competencia catalana se justificaría porque el artículo 43.1 CF «*constituye una respuesta jurídica idónea [...] más adecuada que la prevista en el Derecho procesal estatal, para un supuesto determinado (régimen de separación de bienes), que es el habitual en Cataluña*». Tal respuesta –añadían– resulta «*más necesaria en Cataluña que en aquellos territorios sometidos al Derecho común, de suerte que no sólo sería útil sino imprescindible*» (FJ 8). El TC, sin embargo, rechaza de forma rotunda que concorra especialidad alguna. «*El problema que resuelve el artículo 43.1 del Código de familia no es exclusivo de Cataluña, ni jurídica ni socialmente. [...] la necesidad de una singular norma procesal que resuelva la división de las cosas comunes en el supuesto de liquidación del régimen de separación de bienes por razón de separación o divorcio se produce con la misma intensidad en el Derecho civil catalán, en los demás derechos civiles especiales o forales y en el Derecho civil común. En suma, la realidad social que viene a atender la norma cuestionada no es distinta de la existente en otros territorios con Derecho civil propio en el que se admite como régimen económico conyugal el de separación de bienes, como tampoco puede afirmarse que la situación de sus destinatarios sería distinta a la de los otros cónyuges sujetos al régimen de separación de bienes en virtud de la aplicación de las normas del Derecho civil común. Y en todos estos casos el Derecho sustantivo se somete a la legislación procesal estatal*» (FJ 8). En definitiva, el «problema catalán» es más bien «español» y, por tanto, quien debería resolverlo es quien tiene competencias para ello: el Estado. En este sentido, observa el TC: «*No tienen cabida en la habilitación competencial operada por el artículo 149.1.6*

*CE las normas procesales cuya razón de ser es introducir lo que el legislador autonómico plantea como una mejora de la legislación procesal general para la Comunidad Autónoma» (FJ 9). En consecuencia, se declara inconstitucional y nulo el artículo 43.1 CF. Cabe entender que esta declaración se proyecta también sobre el artículo 232-12.1 del vigente CCCat (División de los bienes en comunidad ordinaria indivisa), conforme al cual: «En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa».*

No obstante, pese a su anulación por infringir las reglas de distribución competencial, la razonabilidad del artículo 43.1 CF fue refrendada casi de inmediato por el legislador estatal, aprovechando la tramitación del proyecto de ley sobre mediación. A través de una enmienda del Grupo parlamentario de Convergencia i Unió, cuya justificación incluía una expresa referencia a la recién dictada sentencia del TC, se vino a añadir una nueva excepción a la prohibición de acumulación de acciones en el juicio verbal (núm. 141, BOCG, Congreso, X, 24/05/2012, serie A, núm. 6-7). De acuerdo con la DF 3.<sup>a</sup> de la Ley 5/2012, de 6 de julio, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, el vigente artículo 438.3 LEC dispone que: «No se admitirá en los juicios verbales la acumulación objetiva de acciones, salvo las excepciones siguientes: [...] 4. En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos».

**STC 25/2012, de 27 de febrero**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Rodríguez Arribas.**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a una resolución congruente. Incongruencia omisiva o *ex silentio*. Distinción entre meras alegaciones accesorias y pretensiones.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE; artículos 1.902 y 1.968.2.º CC.**

El recurrente en amparo interpuso, en fecha 7 de junio de 2006, demanda de juicio ordinario frente a la junta de compensación Bizcochero Capitán (Málaga), en la que ejercitó la acción de responsabilidad civil extracontractual (*ex* artículo 1.902 CC) por los daños que había sufrido el 16 de noviembre de 2004, al colisionar con dos vallas que no estaban debidamente señalizadas en la vía titularidad de la junta. A la vista de que la acción se interpuso cuando ya había transcurrido más de un año desde la fecha del accidente, la junta formuló, en su contestación a la demanda, excepción de prescripción de la acción (art. 1.968.2.º CC). El JPI estimó la demanda y rechazó la excepción de la demandada, por entender que no fue hasta que la Administración (ayuntamiento) a la que había reclamado previamente en la jurisdicción contencioso-administrativa rechazó su responsabilidad cuando el demandante tuvo conocimiento

de que era la junta la responsable de la conservación de la vía. En la oposición al recurso de apelación de la junta frente a la sentencia del JPI que rechazó la excepción de prescripción, el demandante insistió en ese argumento: no fue hasta el 11 de mayo de 2006 cuando tuvo conocimiento de que la vía no era pública en la fecha del accidente, por lo que con arreglo al artículo 1.969 del CC el *dies a quo* del plazo de la acción de responsabilidad civil extracontractual venía determinado por esa fecha (día en que pudo ejercitarse).

La Secc. 5.<sup>a</sup> de la AP de Málaga estimó el recurso de apelación de la junta y declaró que la acción había prescrito en el momento de interposición de la demanda. A juicio de la AP, la junta no se vio afectada por la interrupción de la prescripción de la acción que se había producido por la reclamación al ayuntamiento: el artículo 1.974 CC –argumenta la AP– solo resulta de aplicación a los deudores solidarios, y el ayuntamiento y la junta no reúnen esta condición; de manera que la reclamación inicial al ayuntamiento no interrumpió el plazo prescriptivo en relación con la junta.

El demandante formula recurso de amparo frente a la sentencia de la AP de Málaga que estimó el recurso de apelación de la junta en los términos que se acaban de indicar, así como frente al auto que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones por infracción del artículo 24.1 CE.

En la presente sentencia, el TC estima este recurso de amparo, declara la nulidad de las resoluciones impugnadas y acuerda retrotraer las actuaciones al momento anterior a la resolución del recurso de apelación.

1) *Doctrina constitucional sobre la incongruencia omisiva o ex silentio.*—Con anterioridad al encuadramiento de la concreta cuestión discutida en el recurso de amparo, el TC recuerda su doctrina constitucional sobre el vicio de incongruencia (con carácter general), por medio de la reproducción de la síntesis de la anterior STC 40/2006. En esta síntesis, destaca –por la trascendencia en el caso enjuiciado– la caracterización constitucional del vicio de incongruencia omisiva o *ex silentio*, esto es, «cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita» (apud FJ 3).

2) *Doctrina constitucional sobre la distinción entre alegaciones y pretensiones.*—En conexión con la doctrina sobre la incongruencia omisiva –y describiendo el escenario en el que con algún matiz debe resolverse la demanda de amparo–, la sentencia del TC reproduce la STC 100/2004 y, en particular, la distinción que en ella se traza acerca de las «meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas». Es en relación con las segundas (las pretensiones) en las que «la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno» (apud FJ 3).

3) *El argumento del demandante de que su acción no había prescrito porque el plazo no empezó a correr hasta la fecha del conocimiento de la identidad del sujeto responsable, ¿era una mera alegación accesoria o una pretensión?*—A pesar de que esta es la cuestión discutida por las partes del recurso de amparo (cfr. FJ 4), el TC prefiere esquivarla, pero sin ocultarla. Para ello, no deja de reconocer la «complejidad de distinguir cuándo la invocación por el demandante o el demandado de unos hechos o de una norma integra la pretensión y cuándo, por el contrario, de una alegación meramente accesoria»; y, en su lugar, propone un criterio de enjuiciamiento que permite prescindir de ese (incómodo) posicionamiento dogmático y que se ofre-

ce a «[a] los estrictos efectos de delimitar el contenido del derecho fundamental invocado»: existirá vicio de incongruencia omisiva constitucionalmente relevante a los efectos del artículo 24.1 CE «*siempre que se produzca una falta de respuesta a la invocación de unos hechos jurídicamente determinantes del sentido del fallo [...]*» (FJ 4).

4) *Solución al caso: es evidente que la alegación del demandante podía haber incidido o determinado decisivamente el fallo.*—Expuesto el criterio de enjuiciamiento de la pretendida incongruencia omisiva en los términos indicados, la solución al caso resulta —aparentemente— sencilla: «*la resolución sobre la cuestión planteada por el recurrente podía haber dado lugar a la desestimación del recurso de apelación*» (FJ 4). Por ello, la AP de Málaga, al no responder de forma expresa o tácita a esta cuestión, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en su dimensión de derecho a una resolución congruente (FJ 5). Antes de llegar a esta conclusión, el TC valora —para rechazarla— la posibilidad de que la AP pudiera haber respondido tácitamente a la alegación del demandante: de su sentencia, «*no puede saberse si efectivamente valoró la alegación defendida por el apelado, menos aún las razones por las cuales la desestimó*» (FJ 4).

**STC 26/2012, de 1 de marzo**

**RI: Estimación parcial.**

**Ponente: Pérez Tremps.**

**Conceptos: Comercio interior. Ordenación de la actividad comercial.**

**Consumidores y usuarios. Comercio minorista. Establecimientos comerciales. Horarios comerciales. Venta de saldos. Venta a pérdida. Venta en rebajas. Legislación civil y mercantil. Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Defensa de la competencia.**

**Preceptos de referencia: Artículos 149.1.6.<sup>a</sup> y 149.1.13.<sup>a</sup> CE. Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las *Illes Balears*. Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.**

Los conflictos entre el Estado y las CC. AA. derivados de la distribución de competencias en el ámbito del comercio interior constituyen una de las materias más recurrentes entre los recursos de inconstitucionalidad de trascendencia civil que ocupan a la jurisprudencia constitucional. A la vista de que estos conflictos no cesan o que, en algunas materias tan sensibles —como la relativa a horarios comerciales—, el grado y trascendencia práctica de la disputa se acentúa, cualquier oportunidad para (re)definir la jurisprudencia constitucional tiene interés. En particular, lo tiene la presente STC 26/2012, cuya detallada argumentación —más desarrollada que alguno de sus precedentes más inmediatos— contribuirá decisivamente a definir el marco en el que se resolverán los próximos conflictos en este ámbito.

En este caso, el recurso de inconstitucionalidad fue promovido por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las *Illes Balears* (la «Ley de Comercio Balear»). A juicio de la representación del Estado, estos preceptos vulnerarían las competencias del Estado derivadas, en esencia, de los artículos 149.1.6.<sup>a</sup> y 149.1.13.<sup>a</sup> CE, relativas a la legislación civil y mer-

cantil y a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

1) *Enquadramiento competencial de las cuestiones discutidas.*—Los preceptos impugnados en el recurso, pese a poder encuadrarse en las materias genéricas —y no precisamente clarificadoras en el ámbito competencial— de comercio interior y defensa de los consumidores usuarios, afectan a cuestiones heterogéneas y con un alcance desigual. Con todo, el TC no renuncia a ofrecer un encuadramiento competencial general, como antesala del enjuiciamiento particular de cada uno de los preceptos cuya constitucionalidad se discute por el Estado. Así, la sentencia parte de las indiscutibles competencias exclusivas de la CA de las Islas Baleares sobre las materias de comercio interior y defensa de los consumidores, esto es, las materias con arreglo a las cuales se dictan las normas impugnadas de la Ley de Comercio Balear. Estas competencias resultan de su debida asunción estatutaria en la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares. En la línea marcada por el Estatuto de Autonomía de Cataluña, esa asunción estatutaria se realiza «*sin perjuicio*» de las competencias del Estado y, más en particular, de aquellas que resultan del artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE. De este marco competencial, el TC extrae una consideración obvia, pero cuyo punto de partida es imprescindible: «*las competencias autonómicas no pueden dejar de atemperarse a la disciplina establecida por el Estado en el ejercicio de sus competencias propias, lo que significa que las competencias asumidas por las Illes Balears han de respetar las competencias del Estado relacionadas en el artículo 149.1 CE en especial aquellas explícitamente mencionadas por el texto estatutario en relación con las competencias autonómicas en materia de defensa de los consumidores y usuarios y de comercio interior pues sólo entonces será dable reconocer que la autonómica se ha actualizado en el respeto a su marco delimitador propio, constitucional y estatutario [...]*». (FJ 3).

2) *La inconstitucionalidad de la regulación balear de la «actividad comercial al detalle»: la distinción entre regular las relaciones inter privados (legislación civil o mercantil) y regular la intervención de los poderes públicos en estas relaciones (comercio interior).*—Bajo el concepto de «actividad comercial al detalle», la Ley de Comercio Balear definió su ámbito objetivo de aplicación, esto es, aquella actividad comercial que quedaba comprendida en su regulación. Y, al definir esta actividad, el legislador autonómico no se limitó a definir la actividad comercial al detalle en los términos en los que el legislador estatal —por medio del artículo 1.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista («LOCM») — define el comercio minorista (ofertar la venta de productos a destinatarios finales), sino que la extendió a «*la oferta a los usuarios de servicios financieros, de obsequios o regalos como pago de intereses, y de financiación para la adquisición de un bien o de un producto concreto puesto a disposición del consumidor por la misma entidad financiera*». Para el TC, esta previsión es inconstitucional por invadir las competencias del Estado del artículo 149.1.6.<sup>a</sup> (legislación civil y mercantil). Mediante esa norma, el legislador autonómico somete «*a una regulación de Derecho público [...] un extremo que el legislador [estatal] ha considerado integrante del tráfico jurídico privado, excluyéndolo asimismo de la regulación en materia de comercio para someterlo a una regulación específica en tanto que se trata de actividades que pueden ser calificadas como propias de una entidad de crédito*» (FJ 4). Más en concreto, el TC destaca que la previsión autonómica balear no afecta a una actividad de venta, sino al «*ofrecimiento de servicios bancarios sometidos a su regulación espe-*

*cífica en tanto que se trata de negocios propiamente bancarios»; y, por tanto, afecta a negocios jurídicos de naturaleza mercantil. Para llegar a esta conclusión, la sentencia desarrolla, en sus propios términos, su doctrina acerca de uno de los criterios más utilizados en la jurisprudencia constitucional para delimitar las competencias entre el Estado y las CC. AA. en el ámbito del comercio interior: la distinción entre regular las relaciones *inter privatos* (legislación civil o mercantil) y regular la intervención de los poderes públicos en estas relaciones. De esta distinción se desprende que «*la definición de actividad derivada de dicha condición [la de comerciante] corresponde al Estado pues la misma, en cuanto determina la uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil, es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado y se trata de una noción formulada al amparo del artículo 149.1.6 CE, competencia que incluye la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los comerciantes en cuanto tales*» (*ibid.*).*

3) *Inconstitucionalidad del régimen balear que restringe la apertura de establecimientos comerciales en función de su tamaño y en relación con el número de habitantes de la población en la que pretenden ubicarse.*—Es objeto de impugnación en el recurso de amparo el antiguo artículo 14.1 de la Ley de Comercio Balear (derogado y sustituido en 2010 por otra disposición). La inconstitucionalidad apreciada por el TC resulta de la constatación de que la norma autonómica impugnada prevé la imposibilidad de autorizar la instalación de determinados establecimientos comerciales en función de su tamaño cuando este dato se pone en relación con el número de habitantes. Esta previsión es contradictoria con el régimen estatal de autorización en materia de servicios y establecimientos comerciales (LOCM y Ley 17/2009, que incorpora la Directiva 2006/123/CE), que tiene, según expone la sentencia, un evidente carácter básico, como regulación que atiende a la eliminación de obstáculos indebidos al acceso al mercado (art. 149.1.13.<sup>a</sup> CE).

4) *Enjuiciamiento de las restricciones baleares de los horarios mínimos globales de los establecimientos comerciales y del número mínimo de domingos y festivos de apertura.*—Se impugnan, por contravenir la normativa estatal en materia de horarios comerciales, tres preceptos de la Ley de Comercio Balear:

a) En primer lugar, la regulación autonómica según la cual el horario global máximo de horas semanales en la que los comerciantes pueden desarrollar su actividad comercial sería de 72, así como aquella que dispone que el horario diario no podría exceder de 12 horas. La resolución del recurso en este punto no resulta especialmente difícil: habida cuenta del artículo 3.1 Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, es evidente que la primera de las normas se ajusta al límite previsto en la norma estatal vigente y, por tanto, no existía contradicción normativa. En cambio, la segunda se opone frontalmente a la libertad reconocida en el artículo 3.2 Ley 1/2004, al introducir un límite o restricción no previsto en esta norma. Como señala el TC, esta regulación estatal prevé un «*régimen de libertad de horarios respecto de los días laborables de la semana que [...] excluye la intervención autonómica en este concreto aspecto*» (FJ 7). Esta última consideración es plenamente coherente con la consolidada doctrina del TC sobre las competencias del Estado en materia de horarios comerciales *ex* artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE: la intervención legislativa estatal se justifica por el establecimiento de «*un régimen mínimo de libertad horaria dentro del cual cabe legítimamente cualquier opción de regulación autonómica*». De este modo, la constitucionalidad de la intervención legislativa estatal pasa por verificar, en primer térmi-

no, si su regulación «agota[n] las posibilidades de que el legislador autonómico con competencia para ello pueda llevar a cabo desarrollos normativos que, sin detrimento de la eficacia de la norma estatal básica, permitan que cada Comunidad Autónoma pueda establecer sistemas singularizados en la materia de horario de apertura de los establecimientos comerciales, tal y como expresamente reconocen tanto la propia exposición de motivos de la Ley 1/2004 como sus artículos 1 y 2» (FJ 7). Ahora bien, como ha quedado dicho, la STC 26/2012 también recuerda que, en ocasiones, la regulación estatal —especialmente, cuando interviene para liberalizar con carácter general un aspecto de la materia de horarios comerciales— excluye cualquier intervención legislativa autonómica sobre él.

b) En segundo lugar, también se impugna la norma autonómica balear por la cual se declara inhábiles, a efectos de los establecimientos comerciales, los domingos y festivos, salvo autorización expresa del Gobierno de las Islas Baleares. Para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de esta norma autonómica, la STC 26/2012 concluye, en primer término, que las normas de mínimos del artículo 4 Ley 1/2004 relativas a los domingos y festivos se ajustan materialmente a las exigencias del artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE. Y lo hace en unos términos y planteamiento claramente inspirados en la doctrina anterior del Tribunal (especialmente, los de la STC 225/1993), pero con algún matiz innovador, y que mejoran, indudablemente, la argumentación seguida por la anterior STC 140/2011 (FJ 3), por ajustarse a la estructura económica del título competencial invocado: «*Teniendo presentes los objetivos que persigue la regulación estatal en materia de horarios comerciales, relacionados con la necesidad de «promover unas adecuadas condiciones de competencia en el sector, contribuir a mejorar la eficiencia en la distribución comercial minorista [y] lograr un adecuado nivel de oferta para los consumidores» es de apreciar que tales circunstancias determinan el carácter materialmente básico de la norma estatal, en la medida en que tal decisión no es indiferente, en cuanto estímulo a la demanda privada de bienes de consumo y al empleo en dicho sector comercial, lo que justifica que puede ser adoptada por el Estado en atención a su incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general y la comercial en particular»* (STC 26/2012, FJ 8)». Adviértase, por lo pronto, que el razonamiento que es propio de la presente STC 26/2012 no solo asume como tal términos de la STC 225/1993 para definir el ámbito objetivo del título del artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE («*en cuanto estímulo a la demanda privada de bienes de consumo y al empleo en dicho sector comercial*»); sino que, con este objetivo, adopta también la caracterización propuesta por el conocido voto particular a esa sentencia, que formuló el Magistrado Viver Pi-Sunyer y al que se adhirieron los Magistrados de la Vega, Gimeno Sendra y Mendizábal. Por ello, se exige ahora por la presente STC 26/2012 que la regulación estatal en materia de horarios comerciales se justifique por «*su incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general y la comercial en particular*». Es decir y en síntesis: ya no se trata solo de que la regulación estatal de los horarios comerciales se apoye en un propósito legislativo de naturaleza económica general, sino que la justificación de esta acción legislativa deberá atender, para su validez de conformidad con el orden constitucional de distribución de competencias, a su incidencia directa y significativa sobre la actividad económica y la comercial en particular. Sobre la doctrina expuesta, el Tribunal concluye, en el conflicto concreto planteado, que la norma autonómica impugnada puede ser interpretada como conforme al artículo 4 Ley 1/2004, en la medida en que la

administración autonómica –al establecer las excepciones a la norma que declara inhábiles los domingos y festivos– puede (*rectius*, debe) ajustarse a la norma estatal mínima de 8 (STC 26/2012, FJ 8 *in fine*).

c) En tercer lugar, se impugna la norma autonómica que restringe la posibilidad de que los establecimientos comerciales situados en zonas de gran afluencia turística –y para los cuales el legislador estatal prevé una excepción de libertad de horarios– abran los domingos y festivos a partir de las 16.00 h. Por las razones anteriormente expuestas, el TC concluye que el legislador balear introduce una restricción contraria a la normativa estatal básica.

5) *Inconstitucionalidad de la prohibición autonómica de la venta de saldos.*–La venta de saldos, como es notorio, constituye una de las modalidades de venta reguladas en la LOCM (arts. 28 y 30). Prescindiendo de esta regulación y de los límites que en ella se prevén, el legislador autonómico balear dispuso una prohibición general de «*los establecimientos comerciales dedicados de forma exclusiva*» a esta modalidad de venta. En primer lugar, la STC 26/2012 advierte que esta norma no puede vulnerar la competencia del Estado relativa a la legislación mercantil (art. 149.1.6.<sup>a</sup> CE): la norma autonómica «*no pretende regular las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales, ni las condiciones generales de contratación o, en principio, los derechos y obligaciones que afectan a la actividad libre del empresario mercantil*» (FJ 10). Se trata, por tanto, de una norma dictada bajo la competencia de las CC. AA. en materia de defensa de los consumidores y usuarios. Ahora bien, como señala el TC, importa diferenciar si la norma prevé realmente la adopción de medidas que persiguen la protección de los consumidores o si, por el contrario, se trata de medidas que se sitúan en el ámbito de la defensa de la competencia (competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE). Para el TC, la prohibición de establecimientos dedicados en exclusiva a la venta de saldos «*se sitúa más en el ámbito de la defensa de la competencia que en el de la protección de los consumidores y usuarios*». No estamos ante el supuesto enjuiciado en la anterior STC 124/2003, que convalidó una determinada regulación autonómica de la venta de saldos, sino ante una norma que «*pretende excluir que los comerciantes recurran a la misma en el concreto supuesto que regula, es decir, el precepto no prohíbe una determinada modalidad de venta, la de saldos en este caso, sino que el establecimiento comercial pueda dedicarse en exclusiva a este tipo de venta. Se trata así de un modo de intervención pública en el comercio que pretende ordenar el mercado mediante lo que supone una restricción a la libertad de empresa, en cuanto que impide la existencia de un formato comercial determinado, condicionando el libre ejercicio de la libertad comercial impidiendo que los comerciantes se dediquen plenamente a esta actividad en la medida en que se les impone el necesario desempeño simultáneo de otras actividades comerciales*» (*ibid.*). De este modo, la norma autonómica «*afecta al régimen de competencia entre los ofertantes y aspira, como aquí ocurre, a evitar la existencia de un formato comercial determinado, las normas correspondientes no tienen otro encaje competencial que el de la propia defensa de la competencia, con la consecuencia de que su adopción, corresponde, en principio, al Estado dentro de la legislación relativa a la regulación de las condiciones de competencia en el mercado ex artículo 149.1.13 CE y, por ello, debe ser declarada inconstitucional y, por tanto, nula*» (*ibid.*).

6) *Inconstitucionalidad de la limitación autonómica a las actividades de promoción de ventas anteriores al período de rebajas.*–El precepto autonómi-

co aquí impugnado prohibía la realización de cualquier actividad de promoción de ventas en el período de dos meses anterior al inicio de la temporada de rebajas. Para el TC, no es dudoso que, más allá de la incidencia que pueda tener en la protección de los consumidores, esta norma *«tiene como finalidad principal evitar que la concurrencia entre los empresarios en el mercado quede rota por el uso de unas ofertas que aspiran a atraer a los consumidores. En la medida, por tanto, en que se trata de una regulación que afecta sobre todo a la relación horizontal entre las empresas en una economía de libre mercado, y no a la situación del consumidor como destinatario de los productos producidos por las mismas, su aprobación corresponde al Estado en virtud del artículo 149.1.13.ª CE»* (FJ 11). Se declara, por tanto, su inconstitucionalidad.

7) *Inconstitucionalidad de la norma autonómica que define el concepto de venta a pérdida de forma distinta al artículo 14 LOCM.*—Finalmente, el TC enjuicia la validez de la norma autonómica que define la venta pérdida como sigue: *«[...] existe venta a pérdidas cuando el precio de venta sea inferior al precio de adquisición del producto, más el coste del flete, más la parte alícuota del gasto general del establecimiento, más el beneficio comercial»*. La definición no es coincidente con la que se prevé a nivel estatal en el artículo 14 LOCM, cuya justificación competencial se encuentra en el artículo 149.1.6.ª CE y, en concreto, en la competencia para *«regular el Derecho mercantil de la competencia»*. Se trata, como expone el TC, de delimitar en el plano estatal lo que debe entenderse como venta a pérdida, *«en la medida en que supone un límite»* a la libertad de precios. De esta consideración, el TC concluye que la norma autonómica invade esta competencia del Estado. Adicionalmente, y desde una aproximación mucho más arriesgada (por discutible) y en todo caso innecesaria, la STC 26/2012 parte de que las *«prácticas» relativas a la venta a pérdida «ponen en riesgo no sólo la concurrencia de otros competidores en beneficio de los consumidores sino también la correcta y adecuada formación del consentimiento contractual de éstos en relación con el nivel de precios de los productos ofertados por los empresarios, persiguiendo que su consentimiento contractual se forme correctamente a salvo de prácticas que implican un conocimiento equivocado de uno de los elementos presupuesto de su decisión como es el precio de los productos ofertados»*. Y, sobre ello, el TC considera —para concluir que la norma enjuiciada incurre en un *«exceso competencial»*— que la regulación autonómica *«incide en la regulación mercantil de las transacciones comerciales con el consiguiente encaje en las competencias estatales en la materia»*.

**STC 28/2012, de 1 de marzo**

**CI: DT Única, apdo. 4, de la Ley 7/1999, de 15 de marzo, del Parlamento de Canarias, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canarias, por infracción de los artículos 14, 38 y 149.1.8.ª CE. La cuestión se estima.**

**Ponente: Pérez Tremps.**

**Conceptos: Derecho de adquisición preferente. Retractos legales. Legislación civil.**

**Preceptos de referencia: Los citados sub CI.**

Cuestión de inconstitucionalidad formulada por el JPI núm. 7 de San Bartolomé de Tirajana (Las Palmas) en relación con la DT Única, apdo. 4, de

la Ley 7/1999, de 15 de marzo, del Parlamento de Canarias, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canaria, por la posible vulneración de los artículos 14, 38 y 149.1.8.<sup>a</sup> CE. El TC, tras analizar la constitucionalidad de la norma en relación con las competencias del Estado en materia de legislación civil, estima la cuestión y declara la nulidad de la norma autonómica.

1) *Contenido y finalidad de la norma autonómica cuestionada.*—En el marco de la ordenación de la actividad turística en el ámbito territorial de las Islas Canarias, el legislador autonómico reconoció un derecho de adquisición preferente a favor (i) en primer lugar, de los «*titulares de unidades alojativas*», esto es, los propietarios de bienes inmuebles que estén siendo objeto de explotación turística por ofrecer alojamiento de ese tipo; y (ii) en segundo lugar, para el caso de que estos propietarios no ejercitaran ese derecho de adquisición preferente, de la empresa encargada de esa explotación turística. Este derecho de adquisición preferente se reconoce para el supuesto de que se transmita cualquiera de las unidades alojativas no destinadas a la actividad turística. La norma se justifica, en términos de política jurídica, en el llamado principio de «*unidad de explotación*», esto es, el propósito normativo del legislador autonómico canario de alcanzar una unidad de gestión en las explotaciones que ofrecen servicios de alojamiento turístico (*cfr.*, así, FJ 3).

2) *La distinción entre retractos legales a favor de una Administración y la regulación jurídico-privada.*—Para encuadrar la cuestión controvertida en su jurisprudencia, el TC parte de dos premisas: (i) la regulación de un derecho de adquisición preferente o de un retracto legal supone legislar sobre una institución que pertenece «*al ámbito de las relaciones jurídico-privadas y, desde esta perspectiva, como derecho(s) real(es) de adquisición preferente, su regulación es competencia exclusiva del Estado [...] salvo las peculiaridades propias de los Derechos forales o especiales*» (FJ 4); y (ii) no obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha admitido la regulación autonómica de derechos de retracto a favor de la Administración «*para determinados supuestos y respondiendo a una finalidad pública constitucionalmente legítima*» (*ibid.*).

3) *El derecho de adquisición preferente previsto en la norma autonómica canaria cuestionada se prevé a favor de personas físicas o jurídicas de carácter privado e incide exclusivamente en una materia propia del Derecho civil.*—Dos son las consideraciones que llevan al TC a concluir que la norma autonómica constituye una regulación civil comprendida en las competencias exclusivas del Estado del artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE (además, lógicamente, de recordar que la CA de Canarias no tiene «*garantía de foralidad civil*» [FJ 3]). Por un lado, el TC descarta que, en este caso, pueda aplicarse su indicada doctrina acerca de la validez de las regulaciones autonómicas que prevén retractos legales: aquí no se reconoce el derecho de adquisición preferente a una Administración, sino «*en beneficio de una persona física o jurídica de carácter privado*». Por otro lado, y acaso el argumento de mayor peso, el TC resalta que la norma autonómica incide «*en un ámbito propio del Derecho privado, en particular civil, como es el de las relaciones contractuales establecidas en enajenaciones de inmuebles entre particulares, privilegiando a unos potenciales adquirentes frente a otros y limitando la libre disposición de su titular que viene obligado a vender a las personas privadas designadas por la disposición cuestionada*» (FJ 5). En suma, se trata de una norma «*enteramente civil sin que exista ningún elemento o parte en la relación jurídica que pudiera confundir su regulación con Derecho administrativo que*

*permitiera incardinarla en el ámbito de la legislación turística competencia de la Comunidad Autónoma» (FJ 6).*

**STC 37/2012, de 19 de marzo**

**CI:** Artículos 81 RD-Leg. 339/1990 (tráfico y seguridad vial, LSV) y 132 Ley 30/1992 (régimen de las administraciones y procedimiento administrativo común, LPAC) en la interpretación dada por la Sala 3.<sup>a</sup> del TS al resolver recursos en interés de ley, por infracción de los artículos 9.3 y 123.1 CE; y, subsidiariamente, artículo 100.7 Ley 29/1998 (jurisdicción contencioso-administrativa, LJCA), por infracción del artículo 117.1 CE. La cuestión se desestima.

**Ponente:** Aragón Reyes. **Votos particular concurrente de Pérez Tremps. Discrepantes de Gay Montalvo, Asua Batarrita y Ortega Álvarez.**

**Conceptos:** Sistema de fuentes. Jurisprudencia vinculante e independencia judicial.

**Preceptos de referencia:** Los citados *sub* CI.

El caso tiene su origen en una sanción por una infracción de tráfico y en los subsiguientes recursos interpuestos por el sancionado. El núcleo del debate se centraba en la cuestión de la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas, regulada en los artículos 81 LSV y 132 LPAC. Según el juzgado que plantea la cuestión, la interpretación dada por la Sala 3.<sup>a</sup> del TS a dichos preceptos, vinculante para los tribunales inferiores, lesionaría «el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), así como el principio de supremacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE, en relación con el artículo 5.1 LOPJ), en cuanto la referida jurisprudencia en interés de ley del Tribunal Supremo colisionaría con la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que considera el silencio administrativo como ficción legal para poder recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que el incumplimiento por parte de la Administración de su obligación de resolver pueda deparar perjuicios al interesado» (FJ 1). Esta es la alegación principal del recurso y la que da lugar a los votos particulares. Sin embargo, desde un punto de vista general, tiene mayor interés la alegación subsidiaria, referida a la supuesta infracción del principio de independencia judicial (art. 117.1 CE) por la existencia de jurisprudencia de obligado seguimiento para los órganos judiciales inferiores.

Es bien sabido que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ocupa un lugar particular en el sistema de fuentes. Su función es complementar el ordenamiento jurídico, sin llegar a tener carácter vinculante para los órganos judiciales inferiores. Es normal que estos la sigan. Pero no tienen por qué hacerlo. Este esquema presenta, sin embargo, una excepción cuando las sentencias del Tribunal Supremo se dictan para resolver recursos de casación en interés de la ley por estimarse «gravemente dañosa para el interés general y errónea» la resolución recurrida. En tal caso su doctrina sí tiene carácter vinculante y adquiere, por tanto, valor normativo para los órganos judiciales inferiores.

En este sentido, el artículo 100.7 LJCA dispone que: «La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», y a

*partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional». En análogos términos se expresa el artículo 493 LEC, según el cual: «La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo».*

1) *El recurso de casación en interés de la ley: excepcionalidad y función.*—El TC subraya, en primer lugar, que el recurso de casación en interés de la ley es excepcional, tanto por los sujetos legitimados como por sus efectos pues las sentencias que se dicten solo sirven para crear jurisprudencia, cuya doctrina legal será vinculante si el recurso se ha estimado, pero dejando intacta la fuerza de cosa juzgada de la resolución objeto del recurso. Lo que se pretende es «preservar la homogeneidad jurisprudencial, mediante el establecimiento por el Tribunal Supremo de una doctrina legal, vinculante para Jueces y Tribunales inferiores, sirviendo con ello al objetivo de que la ley sea igual en todo el territorio nacional (arts. 14 y 139.1 CE) y al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al tiempo que dota de contenido real a la supremacía del Tribunal Supremo, precisamente creado con el nombre de «Supremo Tribunal de Justicia» por la Constitución de 1812, en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), «una supremacía que se traduce en la doctrina legal cuya función complementaria del ordenamiento jurídico con valor normativo reconocen el Código Civil (art. 1.6) y la propia Ley de la Jurisdicción cuando regulaba otrora los recursos extraordinarios de apelación en interés de ley o de revisión para la homogeneización jurisprudencial [...] y configura hoy los de casación para la unificación de doctrina y en interés de ley, herederos de aquéllos» (SSTC 120/1994, de 25 de abril, FJ 1, y 184/1995, de 12 de diciembre, FJ 1)» (FJ 3). De este modo, añade el TC, «a la tradicional finalidad nomofiláctica de protección del Derecho objetivo del recurso de casación propiamente dicho, el recurso de casación en interés de la ley añade una función integradora o uniformadora del Derecho, pues mediante el establecimiento por el Tribunal Supremo (dada su supremacía ex artículo 123.1 CE) de una doctrina legal vinculante para todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado jurisdiccional, se garantiza la aplicación uniforme de la ley en todo el territorio nacional».

2) *Compatibilidad del carácter vinculante de la doctrina legal con el principio de independencia judicial.*—La independencia judicial permite, en efecto, que los tribunales inferiores discrepen razonadamente de los superiores, incluido el Tribunal Supremo (art. 1.6 CC). Esta posibilidad, ciertamente, no existe con referencia a la doctrina legal de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sentada en sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de ley. Tal doctrina vincula a los tribunales inferiores. Sin embargo, dice el TC, «no por esa vinculación queda abolida o cercenada en tales supuestos la independencia judicial de los órganos judiciales inferiores en grado» (FJ 7). Y es así porque el legislador lo ha decidido «conforme a la libertad de configuración que le corresponde al establecer el régimen jurídico de los recursos y en atención a preservar intereses constitucionales garantizados, como lo son el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la aplicación igual del Derecho en todo el territorio nacional

(arts. 1.1, 14 y 139.1 CE)» (FJ 7). Se diría a la vista de esta explicación que, en cualquier momento, el legislador puede modificar el sistema de fuentes para otorgar carácter vinculante en todo caso a la doctrina del Tribunal Supremo. Sin embargo, el TC no deja de subrayar la excepcionalidad de los recursos de casación en interés de la ley y su «*finalidad específica: corregir las sentencias de los Tribunales inferiores que se estiman “gravemente dañosas y erróneas”*» (FJ 7). La regla sigue siendo que la independencia judicial excluye el carácter directamente vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo.

El problema resuelto por esta sentencia ha sido objeto de otras dictadas también en 2012. Todas ellas se remiten a la reseñada. *Vid.* SSTC 75, 91, 93, 94 y 98/2012.

### **STC 76/2012, de 16 de abril**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Sala Sánchez.**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho al acceso a la jurisdicción. Acción de anulación de laudo arbitral. Plazo de caducidad del artículo 41.4 de la Ley de Arbitraje.**

**Precepto de referencia: Artículo 24.1 CE; artículo 135.1 LEC; artículos 40 y 41.4 de la Ley de Arbitraje.**

Uno de los preceptos mejor conocidos de la legislación procesal civil –especialmente, por los abogados– es el artículo 135.1 LEC, que permite la presentación de escritos sujetos a plazo hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento de ese plazo. En la presente sentencia, el TC –que ya se había ocupado de este precepto y su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (*cf.*, entre otras, SSTC 260/2000 y 151/2008)– se enfrenta a una cuestión novedosa y cuyo origen se remonta a esta otra cuestión: ¿puede la acción de anulación de un laudo arbitral prevista en el artículo 40 de la Ley de Arbitraje beneficiarse del artículo 135.1 LEC y presentarse al día siguiente al de la finalización de su plazo de caducidad de 2 meses según el artículo 41.4 de la Ley de Arbitraje?

En el caso, el demandante de amparo no dudó del sentido afirmativo de la pregunta que se acaba de formular. Por ello, interpuso ante la Secc. 4.<sup>a</sup> de la AP de Vizcaya la acción de anulación de laudo arbitral el 30 de junio de 2008 a las 14.55 h., cuando el plazo de caducidad de 2 meses para esa acción, según el artículo 41.4 de la Ley de Arbitraje, finalizaba el día anterior (29 de junio de 2008). No obstante, la AP apreció la caducidad de la acción, al entender que el plazo de 2 de meses de esa norma es un plazo civil –no procesal–, y, como tal, sujeto a las reglas de cómputo del artículo 5 CC (de fecha a fecha sin exclusión de los días inhábiles) y cuyo transcurso produce de forma irremediable la caducidad de los derechos y acciones cuyo ejercicio está sometido a dicho plazo. La previsión del artículo 135.1 LEC sería, de este modo, únicamente aplicable a los plazos procesales.

La sentencia de la AP que aprecia en estos términos la caducidad de la acción es objeto de recurso de amparo, así como la providencia que denegó el ulterior incidente de nulidad de actuaciones por vulneración del artículo 24.1 CE. El TC estima el recurso de amparo, declara la nulidad de las resoluciones

impugnadas y acuerda retrotraer las actuaciones al momento anterior a que la AP inadmitiera la acción de anulación del laudo por caducidad.

1) *Delimitación del enjuiciamiento constitucional de la cuestión discutida.*—El TC advierte que no le corresponde entrar a enjuiciar la cuestión de fondo que subyace en la presente controversia (esto es, si el artículo 135.1 LEC resulta de aplicación en relación con la acción de anulación de laudo arbitral); ni siquiera, según parece desprenderse del FJ 5, si la doctrina constitucional acerca del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción exige una interpretación amplia, distinta a la realizada por la AP, de ese precepto. Antes bien, para el TC su enjuiciamiento ha de centrarse en una cuestión más concreta y estrictamente relacionada con el caso analizado: debe *«comprobar si la interpretación de las normas procesales efectuada por la Sentencia impugnada es o no respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo y, en particular, [...] si esa interpretación revela un rigor o formalismo exagerado en relación con los fines que trata de preservar y el sacrificio que comporta y, en consecuencia, acaba por convertir es impracticable el derecho al disfrute del plazo en su totalidad»* (FJ 5).

2) *La verdadera «razón» de la estimación del recurso de amparo: el plazo para la interposición de la acción de anulación finalizaba un domingo.*—El matiz introducido en la delimitación del enjuiciamiento que correspondía en sede del recurso de amparo le sirve al TC para encauzar más cómodamente la resolución en el presente caso: sin exponerlo abiertamente, el TC no deja de reparar en que el plazo para la interposición de la acción vencía el domingo 29 de junio de 2008 y que el artículo 135.2 LEC no admite la presentación de escritos en los juzgados de guardia. De este modo, para el TC, el rechazo por parte de la AP de la aplicación del artículo 135.1 LEC *«dio lugar a una reducción del plazo legal de acceso a la jurisdicción incompatible con el derecho del recurrente a disponer del plazo en su integridad para presentar su acción de nulidad»* (FJ 5). Adviértase, por tanto, que de la presente sentencia no surge una doctrina constitucional que exija aplicar el artículo 135.1 LEC para la determinación del plazo en que puede interponerse válidamente la acción de anulación del artículo 40 de la Ley Arbitraje, sino que esa exigencia solo resulta en determinados casos y, en particular, cuando el plazo de esa acción finalice en domingo o día inhábil.

**STC 78/2012, de 16 de abril**

**CI: Artículo 34.2,II de la Ley vasca 11/1994, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por posible vulneración, entre otros, del artículo 14 CE.**

**Ponente: Rodríguez Arribas.**

**Conceptos: Discriminación por razón de edad. Igualdad en la ley.**

**Preceptos de referencia: Artículo 34.2,II de la Ley vasca 11/1994 y artículo 14 CE.**

Entre los criterios manejados en Derecho civil para determinar los diferentes estados de la persona y consiguientemente la capacidad de obrar, destaca la edad. Dicho de otra manera: la edad es, objetivamente, un factor de discriminación, al margen de que pueda resultar del todo justificado. Por tal

razón es oportuno seguir aquellos casos en los que se discute acerca de este factor, aunque poco o nada tengan que ver con el Derecho civil.

En la norma impugnada, la edad (65 años) se usaba como criterio para impedir el ejercicio de una actividad profesional o, para ser más exactos, para preferir a personas más jóvenes en caso de concurrencia. En este sentido, el artículo 34.2,II de la Ley vasca 11/1994 disponía que los procedimientos para la autorización de una nueva oficina de farmacia *«sólo podrán resolverse a favor de farmacéuticos de más de sesenta y cinco años o de farmacéuticos titulares o cotitulares de oficinas de farmacia ubicadas en la misma zona farmacéutica cuando no existan otras solicitudes en el mismo expediente»*.

El TC remite a la doctrina sentada en las sentencias 63/2011, 79/2011, 117/2011 y 161/2011. En ellas se declaró la inconstitucionalidad de varias normas autonómicas que prohibían acceder a nuevas oficinas de farmacia a mayores de sesenta y cinco años, por considerarlo *«una discriminación arbitraria por razón de la edad que no quedaba justificada»* (FJ 2). En este nuevo caso, no se trataba tanto de una prohibición de acceso como de una imposición en caso de competir con personas de edad inferior. Pero la diferencia no es relevante a juicio del TC pues *«la norma va a producir el mismo efecto que si se utilizase la edad como criterio absoluto de exclusión»* (FJ 2).

El TC empieza recordando que, en el caso de la edad, el análisis de la justificación ha de ser particularmente exigente: *«Al no hallarnos en el ámbito de la genérica interdicción de la desigualdad, sino en el de la prohibición de la discriminación por las causas que, en enumeración abierta, se contienen en el segundo inciso del artículo 14 CE, el canon de control de la excepcional legitimidad constitucional de la diferenciación por uno de esos factores, como lo es la edad, es mucho más estricto al enjuiciar la justificación y proporcionalidad de la diferenciación»* (FJ 5 de la STC 117/2011, citada en el FJ 3 de la que se reseña).

Planteada la cuestión en estos términos, el TC entiende que la discriminación por edad carece en este caso de justificación: *«No resulta constitucionalmente admisible justificar la prohibición contenida en la norma cuestionada en que a los sesenta y cinco años se produzca una merma de la aptitud y capacidad necesarias para desempeñar la asistencia farmacéutica»* (FJ 3). Asimismo rechaza que la discriminación pueda justificarse en las exigencias de planificación y organización del servicio o en la necesidad de medidas de acción positiva para un supuesto grupo desfavorecido, que serían los farmacéuticos menores de sesenta y cinco años. Como consecuencia de todo ello, la sentencia declara inconstitucional y nula la disposición impugnada.

#### **STC 96/2012, de 5 de junio**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Aragón Reyes.**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva en conexión con los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales. Incongruencia *extra petitum*. Diligencias preliminares.**

**Preceptos de referencia: Artículos 24.1, 18.1 y 18.4 CE; artículo 256.1.6 LEC.**

En el contexto de los numerosos procedimientos judiciales promovidos por determinadas asociaciones de consumidores y usuarios contra distintas entida-

des bancarias, la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorro y Seguros de España (ADICAE) formuló una solicitud de diligencias preliminares al amparo del artículo 256.1.6 LEC contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) con la finalidad de recabar determinada información para la interposición de una acción colectiva de cesación para la defensa de los intereses de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. En particular, para poder identificar al mayor número de afectados por los contratos y por las cláusulas que, a juicio de ADICAE, deben considerarse abusivos o contrarios a la normativa de protección de los consumidores, esta asociación solicitó al JPI núm. 87 de Madrid –al que fue turnada la solicitud– que BBVA le entregara «*los listados diferenciados por productos financieros, en fichero electrónico “excel” o compatible, que contengan los datos personales (nombre y apellidos, DNI, dirección postal actualizada, y núms. de teléfono, fax y correo electrónico, si estuvieren disponibles), de los clientes personas físicas que, en toda España, hubieran contratado con dicha entidad bancaria productos financieros con la denominación comercial de “contrato cuota segura” y “contrato marco para la cobertura de operaciones financieras” o similares, o cualquier otro tipo de productos de permuta financiera de tipos de interés, cualquiera que sea su denominación comercial, que tengan por objeto cubrir el riesgo de subidas de interés asociado a un préstamo o crédito con o sin garantía hipotecaria, concertado a interés variable, mediante la contratación de un derivado financiero*» (apud Antecedente 2).

Después de la oposición de BBVA con arreglo al artículo 260 LEC y de la celebración de la correspondiente vista, el JPI núm. 87 de Madrid confirmó la procedencia de la solicitud de diligencias preliminares de ADICAE por medio del auto de 20 de octubre de 2010. Contra esta resolución BBVA promovió incidente de nulidad de actuaciones, en el que alegó, entre otros, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales. El JPI desestimó el incidente mediante su providencia de 29 de noviembre de 2010. BBVA formula recurso de amparo contra el auto y la providencia del JPI indicadas por vulneración del derecho fundamental del artículo 24.1 CE (i) en conexión con los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos (por considerar que el auto del JPI habría incurrido en una interpretación arbitraria e irrazonable del artículo 256.1.6 LEC, al no tener en cuenta las limitaciones exigidas por esos dos derechos fundamentales del artículo 18 CE); y (ii) por incurrir en incongruencia *extra petitum*, al considerar que el JPI habría acordado el requerimiento de información en unos términos más amplios que los de la solicitud de diligencias preliminares.

El TC estima el recurso de amparo de BBVA y, en consecuencia, declara la nulidad de las resoluciones del JPI núm. 87 de Madrid y acuerda retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la primera resolución que acordó la solicitud de diligencias preliminares de ADICAE.

1) *Cuestiones procesales: la legitimación de BBVA para recurrir en amparo.*—Tanto ADICAE como el MF objetaron la legitimación activa de BBVA, al considerar que esta no podía acceder al recurso de amparo para defender los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos de terceros, como serían sus clientes. Para el TC, esta objeción resulta manifiestamente infundada en relación con la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la incongruencia *extra petitum*: BBVA solicita el amparo en relación con un derecho propio, «*por cuanto no cabe duda de que el derecho de las partes en un proceso a que el órgano judicial resuelva*

*las pretensiones oportunamente deducidas integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión»* (FJ 2). Asimismo, en relación con la pretensión de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en conexión con los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales, el TC también considera que BBVA tiene legitimación activa: a diferencia de lo sostenido por la recurrida en amparo y por el MF, la recurrente en amparo no ejercita derechos de terceros, sino que cuestiona la «razonabilidad en términos constitucionales de la respuesta que el órgano judicial ha dado en el Auto impugnado a su oposición al requerimiento de entrega de listados en fichero informático de datos personales [...], por entender la demandante que la decisión judicial no ha ponderado debidamente la afectación que esa cesión de datos a un tercero, la asociación ADICAE, supone para los derechos fundamentales a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la protección de datos personales (art. 18.4 CE)» (*ibid.*). Además, el TC destaca que BBVA es «responsable frente a sus clientes de la custodia y conservación de esos datos personales (que sus clientes le facilitan a los solos efectos de la relación contractual bancaria), organizados en ficheros cuya titularidad corresponde a la demandante» (*ibid.*).

2) *Inexistencia de infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia extra petitem.*—La queja de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por la pretendida incongruencia *extra petitem* del auto impugnado es rechazada por dos motivos. Por un lado, el TC discrepa de la recurrente en el sentido de que, pese a que el JPI no se ajustó a los términos precisos solicitados por ADICAE, deba entenderse que el auto amplió el objeto de la solicitud de diligencias preliminares. Más bien, para el TC el auto realizó una «aclaración», que «no se aparta de la esencia y sustancia de lo pedido» (FJ 5). Por otro lado, el TC resalta que esa alteración entre lo estrictamente solicitado por ADICAE y lo concedido por el JPI no impidió a la recurrente ejercitar adecuadamente su derecho de defensa.

3) *El JPI núm. 87 de Madrid, al aplicar el artículo 256.1.6 LEC, no cumplió con las exigencias de especial motivación y proporcionalidad que requiera la adopción de una medida (la diligencia preliminar acordada) que supone un injerencia el ámbito objetivo del derecho fundamental a la protección de datos personales.*—Para llegar a esta conclusión, el TC sigue el siguiente razonamiento, cuyos hitos constituyen una clara síntesis de los presupuestos que ha de cumplir toda resolución judicial que limite un derecho fundamental y, en particular, de las resoluciones que resuelven solicitudes de diligencias preliminares que tienen por objeto la cesión no autorizada de datos protegidos por el artículo 18.4 CE:

a) *Los datos objeto del requerimiento de información a BBVA forman parte del derecho fundamental a la protección de datos personales del artículo 18.4 CE.*—El TC descarta, de este modo, la tesis sostenida por el MF, que entendía que el hecho de que los datos objeto del requerimiento (en esencia, datos personales de contacto y datos relativos al contenido de su relación contractual con la entidad bancaria) no fueran datos íntimos excluía su protección por el artículo 18.4 CE. Para ello, el TC se limita a recordar su doctrina acerca de que el ámbito objetivo de este derecho fundamental «no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales» (FJ 6). De este modo, el TC traza nuevamente la distinción entre el derecho a la intimidad personal

del artículo 18.1 CE y el derecho del artículo 18.4 CE, cuyo contenido resulta, por consiguiente, más amplio.

b) *La diligencia preliminar acordada por el JPI constituye una limitación al derecho fundamental a la protección de datos.*—El TC centra su caracterización del derecho del artículo 18.4 CE en resaltar las facultades de disposición y control que confiere a su titular, y ello, para acreditar que, con carácter general, la «cesión de datos personales a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, supone una nueva posesión [sic] y uso que requiere el consentimiento del interesado» (FJ 7). De este modo, el TC concluye, nuevamente con carácter general pero específicamente orientado al caso enjuiciado, que «cuando el Juez, en el seno de un procedimiento de medidas preliminares, solicita un fichero informático que contiene un conjunto de datos personales, con la finalidad de hacérselos llegar a una asociación que pretende iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados, está limitando el contenido del derecho fundamental a la protección de datos protegido por el artículo 18.4 CE [...]».

c) *Toda limitación o injerencia en un derecho fundamental adoptada por una resolución judicial debe estar prevista en la ley, debe resultar de una resolución especialmente motivada y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo.*—Esto resulta de la síntesis de la jurisprudencia constitucional que se contiene el FJ 7 de la sentencia y que determina la secuencia final del enjuiciamiento de la pretensión de amparo.

d) *El JPI no motivó suficientemente el auto impugnado.*—La parca argumentación que se contiene en el auto impugnado se limitó a justificar la adopción de la diligencia preliminar por el hecho de que la acción para cuyo ejercicio se solicitaba era una acción colectiva y resultaba necesaria la identificación de afectados del artículo 15 LEC. El TC censura este razonamiento, en primer lugar, porque es insuficiente para justificar la comunicación de datos acordada: para el ejercicio de la acción colectiva no es necesario o imprescindible contar con los datos personales de los clientes potencialmente afectados por los contratos o cláusulas abusivas o contrarias a legislación protectora de los consumidores y usuarios; en segundo lugar, el TC censura la falta de motivación del auto en relación con la delimitación del resto de las acciones anunciadas por ADICAE (acciones de nulidad por vicio del consentimiento y acciones restitutorias e indemnizatorias), lo que resultaba relevante para justificar la medida acordada (FJ 9).

e) *El auto impugnado omitió el juicio de proporcionalidad (en sentido amplio).*—Así el JPI no analizó si la medida acordada en su auto era (i) susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (ii) necesaria, «en el sentido de que no exist[e] otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia» (juicio de necesidad); y (iii) «ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

f) *De la ausencia de motivación suficiente y del juicio de proporcionalidad en las resoluciones impugnadas resulta una infracción del artículo 18.4 CE.*—La genérica habilitación legal del artículo 256.1.6 LEC no es suficiente para determinar la validez de las resoluciones impugnadas. Como se ha visto, era necesario motivar especial y suficientemente la limitación al derecho fun-

damental a la protección de datos del artículo 18.4 CE, así como justificar esta limitación por medio del juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

g) *La vulneración en las resoluciones impugnadas del derecho del artículo 18.4 CE determina la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de BBVA.*—Y ello, porque cuando esta entidad se opuso al requerimiento de entrega de los ficheros informáticos con los datos personales no obtuvo «del órgano judicial una respuesta fundada en una aplicación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, de acuerdo con las exigencias de motivación y proporcionalidad [...]» (FJ 11).

La declaración de nulidad de las resoluciones impugnadas acordada por esta STC 96/2012 motivó que en el recurso de amparo resuelto por la posterior STC 219/2012 decayera la pretensión de amparo dirigida contra esas mismas resoluciones e instada por algunos de los clientes cuyos datos fueron objeto de la diligencia preliminar acordada. La STC 219/2012 resuelve, no obstante, la pretensión de amparo dirigida a la nulidad de las providencias del JPI núm. 87 de Madrid que denegaron la personación de esos clientes en el incidente de diligencias preliminares. A juicio del TC, la denegación de esta personación también vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes en amparo.

#### **STC 119/2012, de 4 de junio**

**RA: Estimado**

**Ponente: Delgado Barrio**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial. Préstamo hipotecario y subrogación personal en la deuda. Cláusula contractual que remite a una norma declarada inconstitucional. Subrogación convencional y subrogación legal. Remisiones estáticas y dinámicas.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24 CE.**

El 3 de marzo de 1989 el Banco Hipotecario de España concedió un préstamo hipotecario a la entidad mercantil Horpavisa. En la cláusula 14.<sup>a</sup> del contrato se pactó la sumisión expresa de las partes «a las disposiciones reguladoras de las operaciones del Banco Hipotecario de España contenidas en la Ley de 2 de diciembre de 1872, Real Decreto de 3 de noviembre de 1928 y disposiciones concordantes, y conforme a lo establecido en las mismas los adquirentes de los bienes hipotecados quedarán subrogados en todas las obligaciones asumidas por la parte prestataria en los términos que aquellas prescriben, sin perjuicio de lo establecido en la estipulación anterior» (Antecedente 2). Posteriormente Horpavisa vendió las fincas hipotecadas a Promociones Alfaro S.A., que se subrogó en la posición deudora mediante escritura de 25 de julio de 1989. Finalmente, el 14 de noviembre de 1990, una de las fincas fue adquirida en proindiviso por tres particulares (Margarita Jaráiz, Eduardo Gómez y Concepción Jaráiz). «En la escritura pública de compraventa se hizo constar como carga la hipoteca constituida a favor del Banco Hipotecario de España en garantía del préstamo original, así como que la parte compradora retenía la cantidad de siete millones y medio de pesetas (7.500.000 de pesetas) para atender “a la solvencia y cancelación de la hipoteca que grava a la finca objeto de esta escritura en los derechos y obli-

*gaciones dimanantes de la cual queda subrogada solidariamente la parte compradora” por aquel mismo importe» (Antecedente 2).*

En lo que atañe a la parte acreedora, se habían producido también algunos cambios. Banco Hipotecario de España fue absorbido por la Corporación Bancaria de España que a su vez, tras un cambio de denominación, fue absorbida por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA). Esta última empresa, por tanto, acabó siendo titular del crédito derivado del préstamo en su día concedido a Horpavisa.

El 17 de febrero de 1994 el Banco Hipotecario de España había entablado juicio ejecutivo contra las Sras. Jaráiz y el Sr. Gómez. Tras el correspondiente procedimiento, se subastó la finca, que se adjudicó el propio banco por importe de 4.690.000 pesetas. No obstante, según el nuevo titular del crédito (BBVA), habían quedado *«pendientes de pago parte del capital (42.022 euros) e intereses de demora (105.195,73 euros), haciendo el total de la deuda exigible el de ciento cuarenta y siete mil doscientos dieciocho euros con once céntimos (147.218,11 euros)»*. Para cobrar estas cantidades, BBVA, ya en el año 2007, interpuso demanda de juicio ordinario contra las Sras. Jaráiz y el Sr. Gómez, invocando la transcrita cláusula 14.<sup>a</sup> del contrato suscrito por el Banco Hipotecario de España y Horpavisa. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia estimaron la demandada, aunque con una reducción sustancial de los intereses de demora por el tiempo que se había tardado en reclamarlos. De acuerdo con la sentencia de apelación, *«en modo alguno puede estimarse que la subrogación de los demandados en la hipoteca constituida sobre la finca que adquirieron lo fuera exclusivamente en la obligación real, a tenor de la prueba documental, y básicamente el testimonio del procedimiento hipotecario seguido con anterioridad. Por lo que dicho motivo de impugnación no podría prosperar. Del mismo modo, habría que [sic] decaer la alegación de haberse seguido el procedimiento hipotecario con arreglo a la ley declarada inconstitucional, dado que la Sentencia dictada a este respecto por el Tribunal Constitucional [STC 128/1994], de 5 de mayo, lo fue con posterioridad al inicio de dicho procedimiento, razón por la cual no se halla afectado por la misma» (Antecedente 2).*

Los condenados al pago acudieron en amparo ante el TC denunciando la violación del derecho a la tutela judicial (art. 24 CE) al haberse aplicado el *«artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 que obligaba a la subrogación de los terceros adquirentes de la finca hipotecada en todas las obligaciones que por razón de ella hubiera contraído su causante con el banco, pese a que ese precepto, junto a los artículos 33 a 35 de la ley fueron declarados inconstitucionales por la STC 128/1994, de 5 de mayo, y por tanto devinieron desde entonces inaplicables, al igual que los concordantes artículos 10 a 13 del Real Decreto-ley 1404/1928 de 4 de agosto»*. Además, dado que la *«causa de la declaración de inconstitucionalidad de esos preceptos de la ley de 1872 fue la desigualdad injustificada de trato que comportaban los privilegios concedidos por aquélla al Banco Hipotecario de España»*, los recurrentes también denunciaban la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).

1) *Selección de la normativa aplicable y control de constitucionalidad.*—En primer lugar, reproduciendo jurisprudencia anterior, la sentencia explica que *«el control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente» (STC 203/1994, citada en la que se reseña, FJ 5)*. Esto último es lo que sucede *«cuando se aplica una norma derogada que resulta decisiva para el fallo, lo que*

*convierte en irrazonable la elección de la norma aplicable*». Hay que tener presente que la STC 128/1994, de 5 de mayo, al resolver varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, declaró la nulidad, entre otros, del artículo 36 de la ley que creó el Banco Hipotecario de España en 1872. En él se preveía «*la subrogación legal de los terceros adquirentes de la finca hipotecada en todas las obligaciones que por razón de ella hubiere contraído su causante con el banco*». A juicio del TC «*los privilegios que [se] otorgaban al Banco Hipotecario de España son contrarios al derecho fundamental de igualdad ante la ley (art. 14 CE), al haber desaparecido las razones históricas que las habían motivado (FJ 7)*» (FJ 5). Así las cosas, concluye, «*no es posible sostener la razonabilidad de una decisión judicial que se funde en la aplicación de un precepto que ya ha sido declarado contrario a la Constitución*» (*ibid.*).

2) *Normas inconstitucionales y cláusulas que se remiten a ellas.*—En el recurso de amparo el problema se plantea «*respecto de aquellos contratos de préstamo hipotecario que tras la publicación de la STC 128/1994 [...] siguen remitiéndose a [las] normas que han sido expulsadas del ordenamiento jurídico, lo que obliga a preguntarse si la remisión que actualmente se hace en la cláusulas contractuales al artículo 36 declarado inconstitucional convierte a ese régimen de subrogación en una cláusula contractual fruto de la autonomía de la voluntad y el régimen legal declarado inconstitucional pervive ahora como cláusula contractual*» (FJ 6). El TC observa que «*no se discute en estos autos la corrección del proceso de ejecución hipotecaria [de 1994] sino la procedencia de aplicar en el juicio ordinario [del año 2007, planteado por BBVA] la subrogación de los recurrentes en la totalidad de la deuda derivada del préstamo hipotecario de 3 de marzo de 1989*» (FJ 8).

Planteada la cuestión en estos términos, el otorgamiento del amparo se basa en dos razones. Por una parte, en el carácter predispuesto del clausulado contractual; por otra en la naturaleza dinámica de la remisión a la ley. En cuanto a lo primero, dice el TC, «*es de recordar, ante todo, que los contratos, como el que aquí se examina, suscritos con el Banco Hipotecario de España, son contratos predispuestos, en los que la entidad bancaria utiliza un clausulado previamente redactado para sus clientes. Y el hecho de que el contenido contractual haya sido unilateralmente predispuesto impone un mayor control respecto al mismo, de forma que se impidan las situaciones de abuso en la contratación respecto de la parte contractual económicamente más débil*» (FJ 8).

En relación con lo segundo, «*ha de subrayarse que cuando un contrato u otro negocio jurídico, contiene una referencia a una ley o a una norma, inmediatamente se plantea la cuestión de dilucidar si esa remisión normativa lo es a la norma en su redacción vigente en ese concreto momento inicial, que quedaría así, a estos efectos, “congelada” o si, por el contrario, esa remisión lo es a la norma en la redacción vigente en el momento posterior de que se trate. Pues bien, todos los contratos por supuesto los anteriores, pero también los posteriores a la STC 128/1994 que previeron con una u otra fórmula la subrogación obligatoria de los terceros adquirentes de la finca hipotecada, en realidad se estaban remitiendo al régimen jurídico de la subrogación forzosa establecida en el artículo 36 de la ley de 1872. No estaban simplemente, como afirma la Sentencia de instancia y parece entender la de apelación, pactando una subrogación convencional, en virtud del artículo 118 de la Ley hipotecaria, sino sometiéndose a un régimen legal de subrogación obligatoria regulado en la Ley del Banco Hipotecario de España. La remisión a ese régimen difícilmente puede considerarse como una remisión estática, es decir, como una remisión a la regulación vigente en el momento*

*de contratar –en nuestro caso 1990– que se incorporaría al contrato y quedaría congelada como cualquier otra estipulación contractual, sino que ha de interpretarse como una remisión dinámica, es decir, como una remisión a un régimen legal –y régimen legal era el de la subrogación forzosa–, con todas sus eventuales vicisitudes constitucionales posteriores. De manera que la voluntad de los contratantes al remitirse o someterse a ese régimen legal, es la voluntad de someterse al régimen vigente en cada momento histórico, si cambia la regulación. En nuestro caso, se produjo un acontecimiento de gran relevancia que fue la publicación de la STC 128/1994 que declaró inconstitucional la subrogación forzosa, lo que lleva a concluir que la norma inconstitucional a la que se remite (o incorpora como tal) el contrato no puede formar parte del mismo, por ser nula» (FJ 8).*

Por tanto, concluye el TC, «no puede considerarse razonable mantener en los contratos la subrogación forzosa ex artículo 36 de la ley de 1872, tras una sentencia [...] que declara su inconstitucionalidad». La falta de razonabilidad de la selección de la norma aplicable «implica la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los recurrentes en amparo, en su vertiente de derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada». En consecuencia, se otorga el amparo solicitado, con retroacción de los autos al momento anterior a la sentencia de primera instancia, sin que haya necesidad de entrar en la pretendida lesión del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

#### **STC 143/2012, de 2 de julio**

**CPC: Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, de regulación del ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria, por invasión de las competencias exclusivas de Cataluña en materia de comercio interior (art. 121.1 EAC). El conflicto se estima.**

**Ponente: Pérez Tremps.**

**Conceptos: Comercio interior. Venta ambulante o no sedentaria. Autorización administrativa. Legislación civil. Regulación jurídico-pública. Bases y coordinación de la planificación de la actividad económica.**

**Preceptos de referencia: los citados *sub* CPC.**

Nuevamente, como en el caso de la STC 26/2012 (*vid. supra*), el TC se ocupa de un conflicto entre el Estado y las CC. AA. derivado de la distribución de competencias en el ámbito del comercio interior. En este caso, se trata del conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, que se dirige a determinar si la normativa reglamentaria dictada por el Estado como desarrollo de la regulación de la venta ambulante o no sedentaria prevista en los artículos 53 a 55 de la LOCM ha invadido la competencia exclusiva de esa Comunidad en materia de comercio interior (art. 121.1 EAC).

La normativa estatal discutida tiene por objeto, en particular, establecer las diferentes condiciones que deben cumplirse para ejercer dicha actividad (cap. I), la regulación de las autorizaciones administrativas (cap. II) y el régimen de inspección y sancionador en (cap. III).

1) *Las competencias autonómicas para disciplinar determinadas modalidades de ventas en el ámbito del comercio interior.*—Con carácter preliminar al enjuiciamiento de la normativa estatal impugnada, el TC recuerda

que la competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> CE para identificar y regular el régimen jurídico-privado de las modalidades de venta en el ámbito del comercio minorista «*no impide que las normas autonómicas puedan disciplinar*» estas modalidades. Sin definir con precisión qué es «*disciplinar*», el TC incide en su aproximación más clásica a esta materia: la regulación que corresponde a las CC. AA. es la relativa a los «*aspectos netamente públicos*» de esas modalidades de venta y, en concreto y a lo que importa considerar ahora, de la venta ambulante. De este modo, «*debe diferenciarse entre el ámbito de la regulación administrativa de la actividad comercial relativo a la disciplina de la proyección y alcance jurídico-público de estas ventas y el propio del régimen de derechos y obligaciones específico de las relaciones contractuales privadas*» (FJ 3).

2) *El desarrollo reglamentario estatal de la venta ambulante es una regulación jurídico-pública.*—Pocas dudas plantea, a juicio del TC, el carácter jurídico-público de la regulación estatal cuestionada: se trata «*de dotar a la venta ambulante o no sedentaria de un régimen administrativo de autorización previa por parte de los Ayuntamientos*» (FJ 4). Por tanto, se trata de un regulación inequívocamente excluida de las competencias del Estado *ex* artículo 149.1.6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> CE.

3) *El desarrollo reglamentario estatal de la venta ambulante no puede justificarse en las competencias del Estado ex artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE: la escasa incidencia en la actividad económica general y la falta de necesidad de una actuación unitaria.*—El Real Decreto estatal impugnado trató de justificarse en las competencias del Estado sobre la bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.<sup>a</sup> CE). Ello obliga al TC a definir el alcance de esta competencia de «*carácter transversal*» y aplicarla al caso con particular acierto: recuperando los términos ya utilizados en la STC 26/2012 (*vid. supra*), el TC señala que el Estado solo puede recurrir a la intervención legislativa *ex* artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE cuando la regulación tiene una «*incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general que requiera una actuación unitaria en el conjunto del Estado*» (FJ 5). Por ello, en este caso, el TC entiende que el fenómeno de la venta ambulante —de «*escasa incidencia en la actividad económica general*» y «*de ámbito preferentemente local*»— no puede justificar una regulación estatal como la discutida sobre la base del artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE (*ibid.*).

### STC 171/2012, de 4 de octubre

**CI:** Artículo 123.3 de la Ley gallega 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, por posible vulneración de los artículos 14 y 39.2 CE. Se estima y se declara inconstitucional, en el citado artículo 123.3, el término «*comunes*» referido a los hijos con derecho a alimentos con cargo al usufructo de la herencia del progenitor.

**Ponente:** Sala Sánchez.

**Conceptos:** Galicia. Derecho civil. Filiación. Hijos comunes e hijos de uno solo de los cónyuges, habidos en un matrimonio anterior. Alimentos a cargo del cónyuge superviviente usufructuario de la herencia limitados a los hijos comunes. Igualdad en la ley. No discriminación por razón de filiación. Protección de la familia.

**Preceptos de referencia:** Artículo 123.3 de la Ley gallega 4/1995. Artículos 14 y 39 CE.

El caso tiene su origen en una demanda de alimentos provisionales interpuesta por un incapaz, representado por su madre, contra la segunda esposa de su padre, a la que este había legado el usufructo universal, vitalicio y sin fianza de la totalidad de su herencia, con facultad para tomar posesión de los bienes. A su hijo le legó sólo la legítima estricta o corta, nombrando herederas universales, por partes iguales, a sus hermanas y a la propia viuda usufructuaria.

El usufructo voluntario de viudedad se regulaba en el momento de los hechos en los artículos 118 y siguientes de la Ley gallega 4/1995 de Derecho civil de Galicia. De acuerdo con su artículo 123.3, el usufructuario estaba obligado, entre otras cosas, a «prestar alimento, con cargo al usufructo, a los hijos y descendientes comunes que lo soliciten». Obviamente, en el caso de autos, el demandante no era hijo común de la usufructuaria y del difunto. Lo era solo de este y de la primera esposa de la que, como queda dicho, el causante se había divorciado en su día. Por esta razón, y dados los términos de la ley, la viuda se negaba al pago.

El juez de primera instancia estimó la demanda al entender que era posible llevar a cabo una interpretación conforme a la Constitución (SJPI 27/07/2000). La Audiencia de Pontevedra, en cambio, entendió que no había margen interpretativo, dada la literalidad de la norma. No obstante, al considerar que esta incurría en una discriminación por razón de nacimiento, interpuso ante el TC la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, con referencia a los artículos 14 y 39 CE.

1) *Mantenimiento de la cuestión pese al sobrevenido cambio de criterio legal.*—Antes de que el TC conociera de la cuestión hubo tiempo sobrado para que el Parlamento de Galicia derogase la Ley 4/1995, que fue sustituida por la 2/2006 también titulada Ley de Derecho civil de Galicia. El nuevo artículo 234.3 modificó el anterior criterio en materia de usufructo viudal y eliminó el requisito de que los hijos fueran comunes. De acuerdo con la nueva redacción, el viudo usufructuario está obligado a «prestar alimento, con cargo al usufructo, a los hijos y descendientes que lo precisen», sean comunes o sólo del causante. El propio Preámbulo de la Ley 2/2006 destacaba la modificación con una expresa referencia al caso que nos ocupa: «Se llama la atención de la nueva regulación del artículo 234.3.º, el cual extiende la obligación de prestar alimentos a los hijos y ascendientes que lo precisen, sin tener que reunir la condición de comunes, modificación que va a incidir en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 311/2003 con relación al artículo 123.3.º de la Ley de 24 de mayo de 1995» (Preámbulo II, pfo. 5.º). No obstante, si lo que se pretendía al «incidir» en la cuestión de inconstitucionalidad era dejarla sin efecto, habría estado bien ocuparse de ello en las disposiciones transitorias, cosa que, sin embargo, no se hizo más allá de la regla habitual según la cual la nueva ley solo es aplicable «a las sucesiones cuya apertura tenga lugar a partir de la entrada en vigor de la misma» (DT 2.ª 2). El caso debía pues resolverse aplicando la Ley 4/1995. Por tal razón, la desaparición sobrevenida del precepto cuestionado no conlleva la pérdida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad y se hace necesario entrar en ella.

2) *La interpretación conforme a la Constitución y sus límites.*—En cuanto a la posible interpretación de acuerdo con la Constitución para evitar plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el TC comparte el criterio de la Audiencia de Pontevedra. «Hay que entender que la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta viable porque el órgano judicial duda efectivamente de la constitucionalidad de un precepto legal a cuyo tenor literal se considera sujeto, sin que este Tribunal deba rectificar el entendimiento que

muestra la Sala promotora sobre su sujeción al enunciado legal de cuya constitucionalidad duda; y es que es claro que la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales tiene también sus límites, entre los que se encuentra el respeto al propio tenor literal de aquéllos (por todas, SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2; y 138/2005, de 26 de junio, FJ 5)» (FJ 3). Por otra parte, que sea posible una interpretación conforme con la Constitución no significa necesariamente que la cuestión esté mal fundada. «Y si bien el artículo 5, apartado 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio), dice textualmente que “procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”, tal regla no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal y ofrece únicamente a los Jueces y Tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme con la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad» [STC 105/1998, FJ 1, c), transcrito en el FJ 3 de la que se reseña].

3) *Las razones de la inconstitucionalidad por discriminación injustificada.*—En cuanto al fondo, el TC empieza por recordar la posibilidad de que las leyes utilicen los motivos de discriminación que, más allá de la regla genérica del artículo 14 CE, son objeto de una prohibición expresa, como sucede con la discriminación por razón de nacimiento. El derecho general a la igualdad, explica, «no postula ni como fin ni como medio la paridad sino sólo la razonabilidad del criterio que funda la diferencia de trato y la proporcionalidad de las consecuencias que de ella se derivan» [STC 9/2010, FJ 3 b), citado en el FJ 4 de la que se reseña]. En cambio, en los casos afectados por las prohibiciones expresas de discriminación («nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), el juicio de legitimidad constitucional se sujeta a un canon mucho más estricto; y, además, la carga de demostrar que la discriminación está justificada recae sobre quien la defiende. La diferencia de trato establecida por el artículo 123.3 de la Ley gallega 4/1995 entre los hijos comunes y los que carecen de esta condición es innegable, como lo es también que carece de justificación a la vista del propio fundamento de la norma.

La razón última de la disposición, explica el TC, «es proteger a quienes gozaban a su favor y a cargo del causante al momento de su muerte del derecho a la prestación de alimentos en caso de necesidad, imponiendo la pervivencia de la obligación con cargo al usufructo viudal y evitando de esta forma su extinción por muerte del obligado» (FJ 5). Desde esta perspectiva carece de relevancia que los hijos sean o no comunes pues «ambos se encuentran en situación equiparable por cuanto, amén de unirles el mismo vínculo familiar con el causante, lo mismo ocurre en relación al patrimonio de su progenitor o ascendiente fallecido [...] ambos son hijos o descendientes del causante y ambos tienen reconocido, antes de su muerte, el derecho de alimentos, obligación que había de ser atendida con cargo a la unidad patrimonial que ahora sigue permaneciendo unida en tanto que gravada con el usufructo» (FJ 5). Y prosigue: «En un ámbito como el de la interdicción de la discriminación, en el que regla es la parificación, carece de justificación la diferencia de trato entre unos y otros descendientes, distinción entre situaciones equiparables que resulta perjudicial para la posición jurídica de unos descendientes respecto de los otros, de suerte que los que lo son sólo del causante puedan quedar sumidos en una eventual situación de necesidad

*tras la muerte del mismo –aun pudiendo ser, según los casos, herederos de sus bienes–, mientras que los que son comunes, siendo la misma la relación que les une con el causante, queden debidamente protegidos por aplicación del precepto que examinamos. De esta forma, al distinguir entre ellos, la norma aplicable no asegura a los descendientes del causante una idéntica cobertura familiar a sus necesidades y discrimina así a unos frente a otros por razón de su filiación» (FJ 5).*

La conclusión no puede ser otra que entender que *«al utilizar el carácter común o no común de los descendientes del causante como circunstancia que priva de la posibilidad de reclamar alimentos a aquellos que lo fueren únicamente del fallecido, el legislador gallego ha introducido una distinción basada en una circunstancia irrelevante en relación con la finalidad perseguida por la norma y ha diferenciado situaciones que deberían haber recibido la misma valoración» (FJ 5).* Por todo ello la sentencia declara inconstitucional y nulo el precepto objeto de la Cuestión.

**STC 176/2012, de 15 de octubre**

**RA: Inadmitido, por no justificarse la «especial trascendencia constitucional» del recurso.**

**Ponente: Ollero Tassara.**

**Conceptos: Acción de filiación. Apellidos. Orden de los mismos. Preferencia del apellido paterno. Requisitos de la demanda de amparo: «Especial trascendencia constitucional».**

**Preceptos de referencia: Artículo 194 del Reglamento del Registro civil. Artículo 14 CE. Artículo 49.1 LOTC.**

El caso que motiva el recurso de amparo habría dado ocasión al TC para pronunciarse sobre la interesante cuestión de los apellidos y su orden. No obstante, al fin, la sentencia se limita a razonar la inadmisibilidad del recurso, sin entrar en el fondo. Los hechos se recogen en la sentencia en los términos que siguen. *«Don Juan Sebastián T.S. formuló demanda de juicio ordinario en reclamación de reconocimiento de filiación no matrimonial contra la recurrente de amparo, doña Josefa L. M., y la hija menor de ésta, C.V. La madre se opuso a la demanda y, con carácter subsidiario, para el caso de estimación de la acción de filiación, formuló demanda reconvencional solicitando la privación de la patria potestad del actor por las difíciles relaciones habidas entre ellos desde que la niña fue concebida. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Palma de Mallorca, al que había correspondido la tramitación del procedimiento bajo el núm. de autos 329-2006, dictó Sentencia de 14 de febrero de 2007 por la que, estimando íntegramente la demanda, declaró que el actor: «es el padre biológico de la menor (C.V.L.M.), se deberá estar y pasar a todas las partes por la anterior declaración y una vez firme la sentencia se remitirá testimonio de la misma al Registro Civil para inscripción y rectificación correspondiente, constando la niña con el apellido del padre». En relación con esta última cuestión la Sentencia motiva en el fundamento jurídico primero: «debe concluirse que D. Juan Sebastián [T.S.] es el padre de la menor [C.V.] y que tiene derecho a inscribir su paternidad en el Registro Civil y a dar apellido a su hija». En cuanto al orden de los apellidos, el Juzgado declara que debe ser el general, «es decir primero el del padre y después el de la madre, con independencia de que la filiación*

*paterna se haya formalizado con posterioridad, sin perjuicio del acuerdo al que puedan llegar los progenitores al respecto». El Juzgado dice llegar a esta conclusión a partir del Código civil (art. 109), la Ley del registro civil (arts. 53 y 55) y el reglamento del Registro Civil (arts. 194, 197 y 198), teniendo en cuenta la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 7 de diciembre de 2001 en relación con un supuesto similar» (Antecedente 2).*

La madre se oponía a que el primer apellido fuera el del padre y denunciaba la inconstitucionalidad del artículo 194 del Reglamento del Registro Civil (Decreto de 14/11/1958), en el que se dispone que *«Si la filiación está determinada por ambas líneas y a salvo la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil, primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera»*. En la actualidad, la nueva Ley 20/2011 del Registro Civil (LRC), en caso de desacuerdo, no otorga la primacía al apellido de ninguno de los progenitores, remitiéndose al criterio del funcionario competente. Así, el artículo 49.2,III LRC dispone que: *«El Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor»*. Sin embargo, en el momento de los hechos no regía esa regla y tanto el juez como la Audiencia consideraron que la ley exigía estar al orden tradicional, con el apellido paterno en primer lugar.

La posición de la madre fue respaldada por el Ministerio Fiscal. *«El Ministerio público afirma que el criterio legal de preferencia del apellido paterno sobre el materno previsto en el artículo 194 del Reglamento del Registro Civil (RRC), en defecto de acuerdo entre los progenitores, «es frontalmente contrario al principio constitucional de igualdad y no discriminación por razón de sexo proclamado en el artículo 14 CE (cfr. STC 39/2002, FJ 5)»*. Señala que la diferencia de trato que introduce la norma cuestionada es *«una reminiscencia de un modelo patriarcal de familia, basado en la concepción del padre como ‘cabeza de familia’ y, por tanto, en la preferencia de la filiación paterna en el orden de los apellidos. Modelo que en la actualidad debe considerarse totalmente caduco y obsoleto, y que está superado por nuestra realidad social y jurídica. Su mantenimiento en la norma reglamentaria (art. 194 RRC), si bien es fruto de una (larga) tradición histórica-social, plasmada normativamente, carece, en el momento actual, de toda justificación constitucional y de fundamento objetivo razonable y suficiente»* (Antecedente 9).

Pero el TC, como se ha dicho, se enrocó en una argumentación formal para inadmitir el recurso de amparo sin entrar en el fondo. Hay que tener en cuenta que el artículo 49.1 LOTC, reformado mediante la Ley Orgánica 6/2007, exige que el demandante de amparo, además de evidenciar la lesión del derecho fundamental de que se trate, justifique la *«especial trascendencia constitucional»* del recurso. Se trata de dos exigencias diferentes, de modo que faltando una el recurso debe ser inadmitido. Es cierto que el TC, para evitar un formalismo excesivo, fue flexible a la hora de valorar la justificación de la *«especial trascendencia constitucional»*. Pero esa flexibilidad acabó con la STC 155/2009 que acotó el hasta entonces abierto perfil de la repetida exigencia. El Ministerio Fiscal, con una razonable argumentación, proponía una interpretación del escrito de la recurrente que cumpliría los requerimientos del artículo 49.1 LOTC. Sin embargo, el TC se inclina por la

inadmisión porque, a su juicio, «*el recurso carece de argumentación alguna dirigida a justificar su utilidad para la interpretación, aplicación y eficacia general de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*» (FJ 4).

**STC 185/2012, de 17 de octubre**

**CI: Artículo 92.8 CC (Ley 15/2005). Se estima y se declara nulo el inciso «favorable» referido al informe del Fiscal en materia de custodia compartida de los hijos menores.**

**Ponente: Roca Trías. Voto particular discrepante de Aragón Reyes y otros.**

**Conceptos: Custodia compartida en caso de discrepancia de los cónyuges. Inconstitucionalidad de la necesidad de informe favorable del Ministerio Fiscal. Monopolio y extensión de la función jurisdiccional. Independencia judicial.**

**Preceptos de referencia: Artículo 92.8 CC (redacción Ley 15/2005). Artículos 14, 24, 39 y 117.3 CE.**

La sentencia es la largamente esperada respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad relativa al artículo 98.2 CC, en el que se admite la posibilidad excepcional de que el juez acuerde la custodia compartida de los hijos menores, aun no habiendo acuerdo de los progenitores al respecto, pero exigiendo en tal caso el informe favorable del Ministerio Fiscal. La sentencia declara inconstitucional y nulo el inciso «favorable».

El artículo 92.8 CC, en la redacción dada por la Ley 15/2005, rezaba como sigue: «*Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe «favorable» del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*» (comillas internas añadidas).

La norma transcrita vino a suponer un paso a favor de la custodia compartida al permitir que se impusiera al progenitor que no la desea, siempre que el juez, pese a esa oposición, la considere adecuada para el interés del menor. No obstante, consciente de la excepcionalidad de la medida en esas circunstancias, el legislador quiso añadir la cautela del informe favorable del Ministerio Fiscal. Pudiendo lo más (imponer o negar la custodia compartida en todo caso) optó por lo menos (dejar la decisión a criterio del Juez, pero condicionando la opción por el sí a la opinión favorable de otro órgano, institucionalmente encargado de velar por el interés del menor).

La necesidad de contar con ese informe y de que fuera precisamente favorable a la custodia compartida dio lugar a una amplia polémica que, al fin, desembocó en su sometimiento al TC por parte de la AP de las Palmas de Gran Canaria. A juicio de esta, la necesidad del repetido informe favorable del Fiscal vulneraba diversos preceptos constitucionales. En primer lugar, el artículo 117.3 CE, según el cual solo a los jueces corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En este sentido, de acuerdo con el Auto en el que se planteaba la cuestión: «*Se trata de una facultad exorbitante, que interfiere, desde el poder ejecutivo, en la función primordial del poder judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y atenta contra su independencia, ya que sujeta la actuación judicial a los dictados del Ministerio público, sustrayendo a la*

*jurisdicción este ámbito material sin posibilidad de revisión»* (Antecedente 3 de la sentencia reseñada). En segundo lugar, la repetida exigencia también iría contra el artículo 24.1 CE: *«Supeditar el examen de la idoneidad de la custodia compartida a que el Ministerio Fiscal se muestre favorable a ella no resulta razonable ni deriva de la función constitucional del Ministerio Fiscal. Exigencia que entiende contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE, pues condiciona el derecho de la parte que la solicita a obtener un pronunciamiento de fondo por parte del órgano judicial a un informe favorable del Ministerio público (Ibidem)*. Finalmente, en tercer lugar, la norma cuestionada sería asimismo contraria a los artículos 14 y 39 CE: *«carece de justificación exigir, en el caso de que no exista acuerdo entre los padres, un informe favorable del Fiscal para que el Juez pueda otorgar la custodia compartida y, en cambio, no exigirlo en el supuesto en el que los padres lo hayan pactado de común acuerdo» (ibid.)*.

1) *«Poder de veto» del Ministerio Fiscal y función jurisdiccional.*—El TC coincide con la Audiencia en la primera línea argumental. Destaca la sentencia que, a tenor del artículo 92.8 CC, la guarda y custodia compartida exige que hayan quedado acreditados tres extremos: *«La petición de un progenitor, el informe favorable del Ministerio Fiscal y el beneficio del menor»* (FJ 5). Con estos requisitos, prosigue el TC, *«se establecen concretas garantías, que aseguran que el único fundamento de la ruptura del principio de la autonomía de la voluntad de los progenitores, es el de la prevalencia del interés del menor» (ibid.)*. Ahora bien, el orden de los citados requisitos implica que el ejercicio de lo que constituye propiamente la función jurisdiccional queda pospuesto y condicionado a un pronunciamiento del Fiscal en determinado sentido. Expresado en las palabras del propio TC: *«Adviértase que la efectividad de dicho dictamen se sitúa en un momento anterior al ejercicio de la potestad jurisdiccional y sólo dándose las garantías establecidas en la norma, el Juez mantiene sus opciones de decisión. Quiere ello decir que únicamente en el caso de que el dictamen de la Fiscalía sea favorable, podrá acordar la guarda compartida porque es a lo que le faculta el precepto. Sensu contrario, tal como está redactada la norma, si no concurre tal dictamen, el órgano judicial no está legitimado para acordarla o establecerla»* (FJ 5). De no existir informe favorable, el juez ya no podrá valorar el conjunto de la prueba para decidir lo más adecuado para el interés del menor.

De hecho, esta es la situación descrita en el FD 2.º de la sentencia de primera instancia del caso origen de la cuestión: *«Hay que señalar que este órgano judicial no puede aprobar el régimen de guarda y custodia compartida propuesto por el padre, porque lo impide el Derecho positivo actual al haber informado negativamente de dicho régimen de guarda y custodia compartida el Ministerio Fiscal, por lo que huelga entrar a conocer si dicho régimen es o no beneficioso para la hija común.»* (transcrito en el Antecedente 2 de la sentencia del TC). El Ministerio Fiscal, observa el TC, vendría así investido de una suerte de «poder de veto» que *«limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el artículo 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial»* (FJ 5). *«A ello cabe añadir [prosigue] que la imposición de ese dictamen obstativo, entra igualmente en contradicción con la regulación procesal y civil de las facultades del juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor» (Ibidem)*. *«Tampoco el mandato del artículo 39 CE otorga razonabilidad y proporcionalidad a la norma cuestionada, pues aun siendo cierto que todos los poderes públicos —Jueces y Ministerio Fiscal— deben asegurar la protección integral de los hijos, tal como se ha razo-*

nado en el fundamento de derecho anterior, existe una invasión del Ministerio Fiscal en las competencias jurisdiccionales» (FJ 6). Por todo ello, cabe concluir que: «La previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex artículo 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el artículo 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida» (FJ 6).

2) *Vinculación al criterio Fiscal e imposibilidad de obtener una resolución judicial sobre el fondo de la pretensión.*- Aunque lo anterior sería suficiente, el TC también comparte la denuncia relativa a la infracción del artículo 24.1 CE, que constituía la segunda línea argumental de la cuestión planteada por la Audiencia Provincial. El hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender del dictamen del Fiscal «*menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo*» (FJ7). Por ello, «*la tacha de inconstitucionalidad planteada ha relacionado adecuadamente el derecho a obtener una resolución judicial motivada, puesto que, en la práctica, y aunque se obtenga una Sentencia, el pronunciamiento sobre el fondo queda irremediadamente vinculado al dictamen del Fiscal*» (ibid.). La cuestión es aún más grave si se tiene en cuenta que la decisión que pudiera tomar el juez, si se le dejara, «*puede ser revisada, modificada o revocada a través de los recursos oportunos y, sin embargo, el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal es irrecurrible*» (FJ 7). Todo ello, concluye el TC, hace que «*el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se vea gravemente comprometido*» (ibid.).

3) *No necesidad de informe fiscal cuando hay acuerdo de los progenitores sobre la custodia compartida y principio de igualdad.*- No se acepta en cambio la tercera línea argumental de la Audiencia de Las Palmas. Se señalaba en ella que exigir informe fiscal cuando no hay acuerdo y no exigirlo cuando sí lo hay infringe los principios de igualdad (art. 14 CE) y de protección de la infancia (art. 39 CE). Sin embargo, razona el TC: «*Dado que en los anteriores fundamentos jurídicos hemos declarado el carácter inconstitucional del término «favorable» referido al dictamen del Ministerio Fiscal en el supuesto contemplado en el artículo 92.8 CC, y a los efectos que ahora importan de obtener una resolución judicial sobre la guarda y custodia con idénticas garantías para los interesados y con igual libertad y discrecionalidad para el órgano judicial en todos los supuestos, el hecho de que el Ministerio público emita uno u otro informe pierde ya su relevancia en relación con la posible vulneración del artículo 14 CE*» (FJ 8). Por lo tanto, es conforme con la Constitución exigir informe en caso de discrepancia de los cónyuges y no hacerlo cuando haya acuerdo, en el bien entendido de que el referido informe no vincula al juez, sea favorable o contrario a la custodia compartida.

4) *Votos particulares: Entra dentro de las atribuciones del legislador imponer límites razonables al ejercicio la función jurisdiccional.*- La sentencia cuenta con un voto particular discrepante suscrito por varios magistrados (Aragón, Pérez Tremps, Asua y Ollero). A su juicio las conclusiones de la mayoría estarían «*basadas en un entendimiento erróneo [...] tanto de la reserva de jurisdicción garantizada por el artículo 117.3 CE, como de la posición institucional del Ministerio Fiscal (art. 124 CE), particularmente en los procesos en los que están en juego los derechos de menores de edad*».

En esencia, lo que se sostiene en el voto discrepante es que «*el legislador democrático está constitucionalmente legitimado para imponer límites al ejercicio de la función jurisdiccional por los Jueces y Tribunales integrantes*

*del poder judicial, sin que el nivel de densidad normativa en la regulación de una determinada materia en nada afecte, en principio, a la exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), salvo que la concreta configuración legal considerada se revele como irrazonable, desproporcionada o arbitraria». Tales tachas, sin embargo, no se darían en el caso del artículo 92.8 CC. Estamos, dice el voto discrepante, ante «un supuesto en el que, por una determinación del legislador que obedece a una justificación razonable y resulta proporcionada a la finalidad que se persigue (asegurar la mejor protección del interés prevalente de los menores), la libertad de decisión del Juez resulta (en alguna medida) legítimamente vinculada por las posiciones adoptadas por las partes en el marco del proceso, concretamente por la postura adoptada por el Ministerio Fiscal, que actúa ope iuris en defensa del interés superior del menor».*

De acuerdo con el voto discrepante, un eventual informe del fiscal favorable a la custodia compartida no impide al juez denegarla en función de su propia valoración de las circunstancias. Sí es cierto en cambio que en la situación contraria (informe negativo) carece de margen decisorio. Pero lo mismo sucede, observan los discrepantes, cuando los progenitores acuerdan la custodia compartida. Tomada esa decisión, el juez no puede negarla aunque considere que es perjudicial para menor. El artículo 92.5 CC es tajante en ese sentido («se acordará»); y, pese a ello, ninguna tacha de inconstitucionalidad cabe hacerle, como tampoco —concluyen— al artículo 92.8 CC.

A propósito del artículo 92.5 CC, no obstante, cabe señalar que la sentencia, al expresar el voto de la mayoría, incluye una frase que da qué pensar pues, en su generalidad, podría referirse tanto al artículo 92.8 CC (desacuerdo de los progenitores sobre la custodia compartida) como incluso al 92.5 CC (acuerdo de los progenitores al respecto): «A juicio de este Tribunal Constitucional, el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño» (FJ 8).

**STC 187/2012, de 29 de octubre**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Ortega Álvarez.**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial y a un proceso con garantías.**

**Selección de la norma aplicable al caso y distribución constitucional de competencias. Inaplicación judicial directa de normativa autonómica postconstitucional por considerar que invade competencias estatales. Deber de plantear cuestión de inconstitucionalidad.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24 CE.**

La resolución tiene su origen en un problema relacionado con la publicidad de la normativa y planeamientos urbanísticos. Como explica la sentencia reseñada, la DT 4.<sup>a</sup> apdo. 6.<sup>o</sup> de la Ley catalana 2/2002, en la redacción dada por la Ley 10/2004, «introdujo una norma de convalidación de los actos de desarrollo de instrumentos de planeamiento urbanístico aprobados definitivamente antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, aunque no se hubiesen publicado las disposiciones contenidas en los instrumentos de planeamiento» (FJ 4). Cuando el caso que dio origen al recurso de

amparo llegó ante la sala de lo contencioso administrativo del TS, este declaró que el conflicto se basaba en un diferente modo de entender la exigencia constitucional de publicidad de las normas. En este sentido, el TS consideraba que *«las exigencias de publicación requieren que se publiquen en los diarios oficiales las normas urbanísticas de los planes de ordenación urbana por tratarse de disposiciones de carácter general»*. La Generalidad de Cataluña y el Ayuntamiento implicados, por el contrario, sostenían que *«de acuerdo con la legislación en materia urbanística de Cataluña, bastaba con la publicación íntegra del acuerdo de aprobación definitiva de aquéllas»* (FJ 6).

Planteada la cuestión en estos términos, el TS decidió no aplicar la normativa catalana, pese a tratarse de una ley postconstitucional, por entenderla contraria a la distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma. Tal como se explica en la sentencia del TC: *«La Sentencia [del TS] declaró que «dado que el conflicto no es urbanístico ni de ordenación del territorio, sino de eficacia de las normas, la contradicción entre la citada disposición transitoria, aprobada por el Parlamento catalán, y lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha de resolverse confiriendo prevalencia a ésta porque la materia sobre la que versa no viene atribuida a la exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma ... sin necesidad, en este caso, de plantear cuestión de inconstitucionalidad de las normas en conflicto, dado que no se trata de una tacha de inconstitucionalidad sino de simple contradicción entre normas, que, sólo admite la aplicación de una, por lo que se debe aplicar la prevalente, que, en este caso, es la estatal al no tratarse de una materia atribuida a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma» (fundamento de Derecho decimocuarto de la Sentencia impugnada)»* (FJ 6). La Generalidad y el Ayuntamiento recurrieron en amparo alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE).

No hay duda, dice el TC, de que la selección de la norma aplicable compete a los órganos judiciales. Sin embargo, en este caso, tal selección conduce a resultados inaceptables, equivalentes casi a la derogación de la ley autonómica inaplicada. Una cosa es decir que, de acuerdo con las correspondientes reglas de conflicto, procede aplicar la ley estatal o la autonómica y otra muy diferente decir que, de acuerdo con la distribución competencial establecida en la Constitución, no puede aplicarse una ley autonómica por invasión de competencias estatales. Si la selección normativa conduce a una norma autonómica postconstitucional que, no obstante, se estima contraria a la distribución de competencias entre Estado y Comunidad Autónoma, el órgano judicial debe plantear la correspondiente cuestión ante el TC, sin que sea admisible inaplicar sin más la ley autonómica.

En palabras del propio TC: *«En consecuencia, conforme con la doctrina constitucional expuesta sobre el control de constitucionalidad de las leyes postconstitucionales debemos concluir que la Sentencia impugnada, «por más que pueda resultar aparente o formalmente motivada» (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 7) no es una resolución fundada en Derecho, porque el órgano judicial incurrió en exceso de jurisdicción ex artículo 163 CE y concordantes sobre el control de leyes, que además resultó lesiva de las garantías del proceso debido y que provocó indefensión de la recurrente en amparo. El órgano judicial inaplicó una ley postconstitucional vigente sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad»* (FJ 8). Además, dice el TC, para ello el TS se apoyó en una forma de entender la cláusula de prevalencia del Derecho

estatal que no es conforme con la doctrina constitucional. El artículo 149.3 CE es aplicable cuando tanto el Estado como la Comunidad Autónoma ostentan competencias. No, en cambio, cuando solo las ostenta el Estado, tesis sostenida en la sentencia del TS que dio lugar al recurso de amparo (FJ 8).

En conclusión, el TC obliga a retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la Sentencia para que el órgano judicial dicte una nueva respetuosa con los derechos fundamentales de los recurrentes en amparo a la tutela judicial y a un proceso con todas las garantías.

### **STC 198/2012, de 6 de noviembre**

**RI: Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. El recurso se desestima.**

**Ponente: Pérez Tremps. Votos particulares discrepantes de Rodríguez Arribas, Ollero y González Rivas. Voto particular concurrente de Aragón. Abstención de Hernando.**

**Conceptos: Matrimonio entre personas del mismo sexo. El matrimonio como institución y como derecho. Garantía institucional. Derecho a contraer matrimonio. Igualdad en la ley. Familia y matrimonio. Interpretaciones «originalista» y «evolutiva» de la Constitución. «Cultura jurídica». Adopción por parte de personas del mismo sexo.**

**Preceptos de referencia: Artículos 44, pfo. 2.º y 175.4 CC. Artículo 32 CE. Artículos 9.3, 10.2, 14, 32, 39 y 53.1 y 167 CE.**

La sentencia resuelve el recurso interpuesto el 30 de septiembre de 2005 por un grupo de parlamentarios del Partido Popular contra la Ley 13/2005, mediante la cual se dio nueva redacción al artículo 44 CC y a otras disposiciones concordantes. La esencia de la reforma consistió en añadir un segundo párrafo al artículo 44 CC, según el cual: «*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*». El resto de las modificaciones eran meros cambios terminológicos, obligado corolario de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Más de siete años después de la interposición del recurso y tras constatar el veredicto de la sociedad española, el TC se ha inclinado por refrendar la constitucionalidad de la norma, también apoyada por el Abogado del Estado.

1) *El recurso y sus motivos.*—El extenso recurso se articulaba en ocho motivos. El esencial hacía hincapié en la supuesta infracción del artículo 32 CE, «*relativo al derecho a contraer matrimonio y a su garantía institucional*» [Antecedente 1,b)], que a juicio de los recurrentes solo contemplaría como matrimonio la unión entre dos personas de sexo diferente. En este sentido, esgrimían diversos argumentos. En primer lugar, el literal: El artículo 32.1 CE habla precisamente de «matrimonio» y, además, es el único precepto constitucional que se refiere a «el hombre y la mujer» como titulares de un derecho. En segundo lugar, el recurso acudía también al argumento histórico: En 1978, al redactar la Constitución, se asumió la idea existente de matrimonio y se rechazaron de forma expresa fórmulas o expresiones genéricas, alternativas a «el hombre y la mujer». También se invocaba, en tercer lugar, la propia jurisprudencia del TC según la cual, por una parte, matrimonio y unión *more uxorio* no son equivalentes y, por otra, existiría un derecho

constitucional al matrimonio entre hombre y mujer pero no al matrimonio entre personas del mismo sexo.

De todo ello resultaría que la introducción del matrimonio entre personas del mismo sexo desnaturaliza la institución. Vendría a ser, se dice, el equivalente de «una hipotética supresión de la facultad de disponer en el derecho a la propiedad (art. 33 CE), o de la voluntad del causante en el derecho a la herencia reconocido en el mismo precepto constitucional» [Antecedente 1,b)]. «A la vista de todo lo anterior, resumen los recurrentes, puede afirmarse que la Constitución Española y, en concreto, sus artículos 32, 14 y 10 no reconocen ni amparan un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual no impide que el legislador pueda regular otros medios de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo. Por todo ello, se concluye que el primer apartado del artículo único de la ley impugnada es contrario al artículo 32 CE y, como consecuencia de ello, que también lo son las previsiones contenidas en los demás apartados de dicho artículo, así como las disposiciones adicionales primera y segunda» [Antecedente 1,b) in fine].

Al artículo 32.1 CE, que constituye el objeto principal del recurso, se añade otra lista de preceptos constitucionales supuestamente infringidos. Son los siguientes: Artículo 10.2 (principio de interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo con los tratados internacionales); Artículo 14, en relación con los artículos 1.1 y 9.2 CE (principio de igualdad y a la interdicción de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual); Artículo 39.1, 2 y 4 (protección de la familia y de los hijos, con particular referencia a la nueva redacción del artículo 175.4 CC, que abre la posibilidad de que los cónyuges homosexuales adopten hijos conjuntamente); Artículo 53.1 (alteración de la configuración institucional del matrimonio que vulnera el contenido esencial del artículo 32 CE y, por tanto, el artículo 53.1 de la misma); Artículo 9.3 CE (en relación con el principio de jerarquía normativa y también con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, cosa que incluye al legislativo); y, finalmente, Artículo 167 CE (relativo a la reforma constitucional, «al no haber seguido el cauce formal previsto en este precepto para reformar el artículo 32 CE y haber optado en su lugar por una reforma legal que, a través de la simple alteración de unas palabras, habría dado lugar a una auténtica mutación del orden constitucional [...] la única vía posible para introducir el matrimonio homosexual en el ordenamiento español sería la reforma constitucional») [Antecedente 1, letras c) a i)].

2) *Delimitación del objeto del recurso y ordenación de las causas de inconstitucionalidad alegadas.*—Ante todo el TC constata que, si bien el recurso se dirige contra Ley 13/2005 en su totalidad, en realidad su núcleo lo constituye el primer apartado de su artículo único, por el que se añade al artículo 44 CC el nuevo segundo párrafo en el que se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo. El resto no hace sino adaptar algunos preceptos del propio CC y de la LEC a esta realidad. Por ello, dice el TC, el «análisis deberá centrarse en la nueva redacción del párrafo segundo del artículo 44 CC, aunque una eventual estimación del recurso podría proyectarse sobre toda la Ley impugnada», en aplicación del artículo 39.1 LOTC (FJ 1).

Aunque, como se ha dicho, el recurso alega hasta ocho motivos de inconstitucionalidad, el «principal, y aquel que por sí mismo podría llegar a fundamentar la estimación del recurso en su totalidad, es la vulneración del artículo 32 CE, que establece en su apartado primero que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», y en su apartado segundo que «la ley regulará las formas de matrimonio, la

*edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos»*» (FJ 2). Por tal razón el TC centra su atención en *«el ajuste constitucional de la norma impugnada confrontándola con este precepto, descartando previamente el resto de alegaciones, algunas de ellas porque las causas de inconstitucionalidad aducidas por los recurrentes no son autónomas, sino que dependen completamente de la infracción del artículo 32 CE, y otras porque existen razones que permiten descartar los argumentos de los recurrentes sin mayores dificultades»* FJ 2). En la primera situación se encuentran las alegaciones referidas a los artículos 9.3 (principio de jerarquía normativa), 10.2, 53.1 y 167 CE, que *«sólo resultarían vulnerados en caso de serlo también el artículo 32 CE, sin que su análisis aporte nada que no forme parte de la interpretación constitucional de este último precepto.»* (FJ 2). En la segunda situación estarían las infracciones referidas a los demás preceptos constitucionales, que el TC descarta por las razones que siguen:

a) Frente a la alegación de que la Ley 13/2005 viola los artículos 1.1, 9.2 y 14 CE por no tener en cuenta que el matrimonio y las parejas del mismo sexo son *«realidades distintas que deben ser tratadas de un modo diferente»*, el TC invoca su propia jurisprudencia según la cual *«la «discriminación por indiferenciación» no puede situarse en el ámbito de protección del artículo 14 CE, porque lo que éste impide es la distinción infundada o discriminatoria (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3). Este Tribunal ha establecido reiteradamente que el artículo 14 CE no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales»* (FJ 3).

b) El TC rechaza también de plano la pretendida vulneración del artículo 9.3 CE en su dimensión de interdicción de la arbitrariedad. *«Por un lado, porque bajo la cobertura del artículo 9.3 CE no se hace más que reiterar algunos de los argumentos que para los recurrentes fundamentan la infracción de los artículos 14, 32 y 167 CE. Y, por otro, porque no se cumplen los requisitos que este Tribunal ha venido exigiendo de modo reiterado para analizar si el legislador democrático ha actuado de modo arbitrario»* (FJ 4).

c) Con la salvedad de la cuestión de la adopción, que examina más adelante, el TC descarta también *a priori* la pretendida vulneración del artículo 39.1, 2 y 4 CE. A tal fin recuerda que los artículos 32 y 39 CE protegen instituciones diferentes que no hay que confundir: respectivamente, el matrimonio y la familia. *«Aunque la demanda conecta en varias ocasiones la protección constitucional del matrimonio (art. 32 CE) con la de los diversos apartados del artículo 39 CE por considerar que estos últimos tienen su fundamento principal en el matrimonio tradicional, debemos recordar que matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente, de modo que «el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a [sic] la que tiene su origen en el matrimonio ... ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia» (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5 y jurisprudencia allí citada)»* (FJ 5).

En definitiva, concluye el TC, *«de todos los preceptos constitucionales invocados por los recurrentes para sustentar su pretensión, el único que podría conducir a la declaración de inconstitucionalidad de toda la Ley, en caso de que se entienda vulnerado, es el artículo 32 CE. De ahí que debamos dedicar los siguientes fundamentos jurídicos a esta cuestión, sin perjuicio de*

analizar en su momento, si fuera necesario, si la posibilidad de adoptar conjuntamente en el seno de los matrimonios entre personas del mismo sexo es compatible con el artículo 39 CE y de que, como se ha señalado anteriormente, la interpretación del artículo 32 CE deba realizarse teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 10.2 y 53.1 CE» (FJ 6).

3) *Contenido y alcance del artículo 32 CE: El matrimonio como institución y como derecho.*—El matrimonio es una «institución garantizada por la Constitución» y, a la vez, la posibilidad de contraerlo se configura como un «derecho constitucional». Por ello, el ajuste o no de la Ley 13/2005 al artículo 32 CE exige adoptar una doble perspectiva: «En primer término se deberá dar respuesta a la duda de si la reforma impugnada supone un menoscabo constitucionalmente inadmisibles de la garantía institucional del matrimonio y, en segundo lugar, a la cuestión de si la reforma introduce o no límites constitucionalmente inaceptables al ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio» (FJ 6).

5) *La garantía institucional del matrimonio.*—La noción de garantía institucional fue acuñada en la STC 32/1981 (sobre la ley catalana de transferencia de las Diputaciones a la Generalidad) y aplicada en otras resoluciones posteriores (entre ellas la STC 111/1983, *Caso RUMASA*). Con ella se persigue «la protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas» (FJ 7). Ahora bien, como se afirmaba en la STC 32/1981, «la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (FJ 3 STC 32/1981, transcrito en el FJ 7 de la que se reseña). Como dice el TC la garantía institucional «exige una protección objetiva» para garantizar «que el legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución» (FJ 7). ¿El nuevo párrafo segundo del artículo 44 CC hace del matrimonio «una institución irreconocible»? Esa es la cuestión a dilucidar.

No hay ninguna duda de que, tras la Ley 13/2005, el matrimonio ha cambiado. La cuestión consiste en saber «si esa modificación resulta contraria o no a la garantía institucional del matrimonio». En esta tesitura aparece en la sentencia una distinción tan vieja como el Derecho y que ha sido particularmente importante —y a menudo sangrienta— en relación con la interpretación de los textos sagrados. ¿Importa la *mens legislatoris* o la *mens legis*? ¿Hay que sujetarse a una interpretación «originalista» o «evolutiva»?... La cuestión es del mayor interés, aunque en el caso de los textos constitucionales no tenga la misma gravedad que en el de los textos sagrados, particularmente cuando estos se hacen derivar directamente de la divinidad (al pueblo se le puede —y en ciertos casos se le debe— preguntar; Dios, en cambio, no es amigo de hablar mucho y además lo hace cuando quiere, curiosamente solo en épocas remotas y oscuras).

Los recurrentes proponían una interpretación «originalista». El matrimonio, venían a decir, es lo que pensaban quienes redactaron y aprobaron la Constitución. Es difícilmente discutible que esto es así. Ahora bien, incluso desde esa perspectiva, una cosa es la idea de matrimonio que se pudiera tener en 1978 y otra lo que realmente se quiso regular con el artículo 32 CE. En este sentido, dice el TC: «Lo que el constituyente se planteaba en el año 1978 respecto del matrimonio no tenía nada que ver con la orientación sexual de los contrayentes, sino con la voluntad de desligar el matrimonio y la familia,

*de proclamar la igualdad de los cónyuges en el seno de la institución, y de constitucionalizar la separación y la disolución. Estas cuestiones, así como la determinación de la edad para contraer, protagonizaron casi en exclusiva los debates constituyentes sobre el actual artículo 32 CE, [...]. Dicho de otro modo, en el año 1978, en que se delibera y aprueba el texto constitucional, los problemas que ocuparon al constituyente a la hora de regular la institución matrimonial fueron básicamente, tal y como se deduce de los trabajos parlamentarios, la cuestión del divorcio, la diferenciación conceptual entre matrimonio y familia, y la garantía de la igualdad entre el hombre y la mujer en el matrimonio» (FJ 8).*

Al margen de lo anterior, la sentencia del TC se inclina claramente por una interpretación «evolutiva». Echando mano de una sentencia de la Corte Suprema de Canadá, el TC se refiere a la Constitución como un «árbol vivo»; y no solo, explica, «porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual» (FJ 9).

Es una imagen muy plástica, aunque funciona mejor con constituciones antiguas no escritas que con constituciones recientes buena parte de cuyos votantes directos aún viven. ¿Cómo alejarse del pasado sin necesidad de consultar a los ciudadanos? En esta coyuntura el TC acude a «la noción de cultura jurídica». Ésta, explica, «no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición» (FJ 9).

Es llegados a este punto cuando el TC nos dice con claridad lo que realmente explica su decisión: la sociedad española ha cambiado y con ella su concepción del matrimonio. Por ello en el nuevo artículo 40 pfo. 2º CC, y concretamente, en la unión de dos personas del mismo sexo (por cierto, cualquiera que sea su orientación sexual), los españoles no tienen ningún problema para reconocer la institución matrimonial. He aquí la noción constitucional de matrimonio que nos sirve la sentencia: «Comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento» (FJ 9). Lo esencial, antes y después de 2005, es «la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad». Eso era, según el TC, lo que los españoles veían en el matrimonio el día antes de la aprobación de

la Ley 13/2005 y seguían viendo el día después. Para los españoles el matrimonio, como institución, ya nada tiene que ver –esencialmente– ni con la diferencia de sexos ni con la procreación.

¿Qué elementos maneja el TC para establecer «*cuán integrado está el matrimonio entre personas del mismo sexo en nuestra cultura jurídica*» (FJ 9)?... Básicamente las leyes de otros países (en las que se apreciaría una cierta tendencia en ese sentido, aunque no unánime), los pronunciamientos de tribunales internacionales (TEDH) y, cómo no, la realidad social española. «*Hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005*» (FJ 9). Ya en 2004 serían más de la mitad los españoles encuestados favorables a reconocer a las parejas homosexuales el derecho a contraer matrimonio. Y lo mismo cabe decir de la situación tras la aprobación de la ley. En el contexto europeo «*España se sitúa por encima de la media de aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo (56 por 100), lo que supone un acercamiento de la opinión pública, en este punto, a países del norte de Europa y un apartamiento, tal y como observa la propia Comisión Europea, de la tendencia de los países del sur y el este del continente, mayoritariamente situados por debajo de la media europea en nivel de aceptación*» (FJ 9). El tiempo que el TC se tomó para decidir el caso permitió que la sentencia incluyese información posterior a la interposición del recurso: Desde la entrada en vigor de la ley hasta diciembre de 2011 «*se habían contraído 22.124 matrimonios entre personas del mismo sexo*» (ibid.).

El TC no niega que el legislador español podía haberse inclinado por otras opciones igualmente conformes con la Constitución. «*Pero esta elección, que hubiera supuesto la no modificación de la institución matrimonial clásica junto con la simultánea creación de un régimen diferente al del matrimonio, con un contenido más o menos equiparable pero diferente, no fue la escogida por el legislador; que optó en cambio por generalizar el régimen único del matrimonio para cualquier persona, independientemente de su orientación sexual, opción ésta ajustada a la Constitución y que parece responder a la lógica de que dos relaciones jurídicas equiparables –matrimonio entre personas de distinto sexo y unión civil entre personas del mismo sexo– y con similares efectos reciban la misma denominación*» (FJ 9). Por tanto, concluye, «*desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador*» (ibid.).

6) *El derecho constitucional a contraer matrimonio y su «contenido esencial»*.—El derecho a contraer matrimonio carece de protección por la vía del amparo constitucional, pero su regulación debe hacerse por ley que, en todo caso, habrá de respetar su «contenido esencial». ¿En qué consiste este? Para responder el TC recurre a su propia doctrina. Se debe «*acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho [...] Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cua-*

*les deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.»* (FJ 8 STC 11/1981, transcrito en el FJ 10 de la que se reseña). Como puede verse, aun sin confundirse, la garantía institucional y el derecho fundamental acaban confluyendo, como observa el propio TC:

*«Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código civil. Sin embargo, las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial, y por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual»* (FJ 11). *«Por tanto, lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, habida cuenta de que la ley recurrida no introduce ninguna modificación material en las disposiciones legales que rigen los requisitos y efectos del matrimonio civil de personas de sexo diferente, y sin que la opción adoptada suponga denegar a cualquier persona o restringirle el derecho constitucional a contraer o a no contraer matrimonio»* (FJ 11).

7) *Libertad de optar entre diversas configuraciones pero preferencia por la escogida por la Ley 13/2005.*—El TC insiste en diversas ocasiones en que, el legislador, dentro de la Constitución podría haber optado por otras fórmulas, como el establecimiento de un régimen jurídico ad hoc para las uniones homosexuales, equiparado al matrimonio pero reservando este término a las uniones heterosexuales. Sin embargo, de su argumentación se desprende que, habiendo margen dentro de la Constitución, hay algunas soluciones más adecuadas a ella que otras. No cabe entender de otra manera las referencias de la sentencia al artículo 9.3, 10.1 y 14 CE. En este sentido, el TC afirma que con la Ley 13/2005, sin perjuicio de reconocer que no era lo único *«técnicamente posible»*, *«se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales (STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4), además de ser fundamento del orden político y de la paz social y, por eso, un valor jurídico fundamental (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8)»* (FJ 11). Y añade: *«La opción que contiene la Ley 13/2005, sometida a nuestro examen se inscribe en la lógica del mandato que el constituyente integró en el artículo 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ya*

ha hecho este Tribunal de la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE, en la que hemos incluido la discriminación por razón de la orientación sexual (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3), en la línea de la jurisprudencia de Estrasburgo (entre otras, STEDH en el asunto L. y V. c. Austria de 9 de enero de 2003, § 48)» (FJ 11).

8) *El problema de la adopción por parte de parejas homosexuales.*—La Ley 13/2005 (art. único apartado 7.º) dio la siguiente nueva redacción al artículo 175.4 CC: «Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado». Aun sin referirse expresamente a la cuestión, es claro que el precepto transcrito permite la adopción conjunta de menores por parte de matrimonios homosexuales. Esta es la razón por la que los recurrentes alegaban que la ley impugnada atentaba, también, contra el artículo 39 CE.

El TC, sin embargo, descarta la infracción. El proceso de adopción no pierde garantías por el hecho de que los adoptantes sean de igual o diferente sexo. «La eventual lesión del artículo 39.2 CE vendría dada si la legislación no garantizase que, en el procedimiento de adopción, el objetivo fundamental fuese la preservación del interés del menor, circunstancia que no concurre en este caso, en el que la normativa del Código civil establece que la resolución judicial que constituya la adopción tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, idoneidad que nada puede tener que ver con su orientación sexual (art. 176 CC). Además, como recoge la recién citada STC 124/2002, el juez que conoce del proceso de adopción tiene la facultad de denegarla cuando sea contraria al interés del menor; sea cual sea el motivo y después de su correcta valoración, que se realiza mediante el procedimiento reglado pertinente.» (FJ 12).

9) *Votos particulares.*—La sentencia cuenta con cuatro votos particulares, tres discrepantes y uno concurrente.

En el primero de ellos, el magistrado Rodríguez Arribas expresa su opinión de que el matrimonio, como institución, es una unión heterosexual orientada a la procreación, aunque no sea este su único objeto ni tampoco, como es obvio, el único ámbito en el que puede tener lugar. Critica asimismo la llamada interpretación evolutiva acogida por la mayoría: «Entiendo que el núcleo, la imagen maestra, de una garantía institucional no puede someterse a los avatares de la cultura jurídica a lo largo del tiempo. Precisamente para evitar que el legislador ordinario, atendiendo al supuesto clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión, pueda vulnerar la Constitución, se crearon los Tribunales Constitucionales. De otro lado resulta muy peligroso sentar el principio de que las normas pueden no decir lo que dicen, sino lo que se quiere que digan». Tampoco comparte la valoración de la realidad sociológica: «La realidad sociológica, contrastable en la calle, no es la de la aceptación, sino la de la indiferencia, que de cualquier forma no es argumento suficiente para sostener la constitucionalidad». Muestra asimismo su radical disconformidad en cuanto a la adopción: «Si nada puede oponerse a que una persona homosexual, sea hombre o mujer, pueda adoptar individualmente a un menor, la cuestión está en que desde el punto de vista del niño, que es lo único importante, no resulta indiferente que en lugar de tener un

*padre y una madre o sólo un padre o sólo una madre, para sustituir la pérdida o abandono de los naturales, se encuentre con que tiene dos padres y ninguna madre o dos madres y ningún padre o haya que convertir a una mujer en padre o a un hombre en madre».*

También es discrepante el voto del magistrado Ollero, a cuyo juicio era de todo punto ineludible la reforma de la Constitución para dar cabida en ella el matrimonio entre personas del mismo sexo. Critica el método interpretativo de la mayoría, a la que reprocha haber ignorado el auténtico sentido del artículo 32 CE. *«La Sentencia opta, al interpretar el artículo 32 CE, por no conceder relevancia hermenéutica alguna al sentido propio de las palabras utilizadas, sacrificándolo en favor de una supuesta «interpretación evolutiva» de la norma, que vendría exigida por la Constitución a la hora de ser interpretada, a «riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta» (FJ 9)». «Sin duda la interpretación literal de las normas puede resultar en más de una ocasión insuficiente a la hora de precisar su sentido. [...] pero que el sentido propio de las palabras no sea siempre suficiente como «único» criterio interpretativo no quita que sea siempre obligadamente el «primero» de ellos; sobre todo en una norma como la constitucional cuya relevancia se apoya en su postulada «rigidez»». La concepción del magistrado es claramente iusnaturalista: «En realidad tanto el matrimonio como la familia son realidades antropológicas que el derecho se limita a reconocer». Y concluye: «La conciencia de la «historicidad» de las normas jurídicas es una exigencia fundamental en toda razonable teoría del derecho, pero no cabe confundir la historicidad del sentido de un texto jurídico con una relativización de su contenido que lo deje totalmente disponible para que el intérprete pueda atribuirle de modo voluntarista cualquier significado. Menos aún sugerir (FJ 9) que la Constitución «a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad». Aceptarlo equivaldría a admitir que no es la Constitución la que certifica y garantiza la legitimidad de las conductas sociales y políticas, sino que sería su texto el que cobraría legitimidad acomodándose a ellas».*

Igualmente discrepante es el voto particular de González Rivas. A su juicio la Ley 13/2005 debió declararse inconstitucional. *«El reconocimiento de la plena constitucionalidad de la Ley 13/2005 impugnada en este recurso implica una manifiesta preterición de un signo estructural y básico de la institución matrimonial, que ha sido reconocido en la realidad social y jurídica con carácter preexistente al texto de nuestra Constitución y que, con fundamento en el artículo 32.1, se basa en la disparidad de sexos en los contrayentes». Nada impedía dotar «de un específico régimen jurídico [a] todas las uniones asimilables pero diferenciadas de la institución matrimonial». En cambio, «la inclusión de las parejas del mismo sexo en la garantía constitucional del matrimonio implica reconocer una actuación que era indisponible por el legislador ordinario, lo que supone una mutación constitucional, al margen del procedimiento de reforma previsto en el artículo 167 CE». Asimismo discrepa frontalmente en relación con la adopción: «La modificación legal al permitir la filiación por adopción efectuada por adoptantes del mismo sexo contraviene la configuración constitucional de la filiación y atenta al prevalente interés del menor».*

El voto de Aragón coincide con el Fallo pero no con la argumentación, de la que teme erróneas extrapolaciones futuras. Por una parte discrepa del papel asumido por el TC al expresar sus preferencias por la opción del legislador: *«Lo que se nos planteaba y, en consecuencia, la respuesta que al pro-*

*blema debíamos dar no era si la opción del legislador español es la «más constitucional», sino, simplemente, si habiendo otras opciones también constitucionalmente posibles, la adoptada por nuestro legislador era o no constitucional. Un juicio, el nuestro, que tenía que quedar reducido al de los límites que la Constitución establece (esto es, de índole negativa) y no al de los mandatos que la Constitución impone (de índole, pues, positiva). Esa es la función de este Tribunal, que está basada en la relación (que no es de estricta ejecución) que liga al legislador con la Constitución en un sistema, como el nuestro, de pluralismo democrático».*

También reprocha Aragón a la sentencia lo que considera confusa argumentación: *«La solución al problema que el recurso nos había planteado era, a mi juicio, más sencilla, más sobria, si se quiere, de argumentación menos confusa y tortuosa (a veces incluso contradictoria) de la que ofrece la Sentencia. Dado el carácter no absoluto, sino históricamente cambiante, del núcleo esencial de la garantía institucional del matrimonio, bastaba con mostrar que hoy, para la conciencia social (y en la Sentencia se ofrecen datos suficientes sobre ello) y para la cultura jurídica (dato éste que la Sentencia en cambio utiliza de manera, a mi juicio, deficiente) la heterosexualidad de la pareja ya no es unánimemente concebida como un elemento indispensable del matrimonio. Ese cambio históricamente producido, que considero verídico, y que no precisa que sobre él se concite unanimidad, pues basta con que ya no sea tampoco unánime el entendimiento precedente (que tuvieron el constituyente y el propio Tribunal Constitucional hasta hace poco tiempo), es suficiente para no anular la opción tomada por el legislador. Ante una asentada (no efímera o claramente minoritaria) concepción social y jurídica cultural del matrimonio en la que también tiene cabida la unión entre parejas del mismo sexo, este Tribunal no puede declarar contraria a la Constitución la Ley sometida a su enjuiciamiento».*

Pero la objeción principal de Aragón se refiere al significado y uso de la llamada «interpretación evolutiva». *«La operación consistente en averiguar cuál es hoy el núcleo esencial de una garantía institucional no es, en modo alguno, aunque la Sentencia lo confunda, realizar interpretación evolutiva de la Constitución, sino, simplemente, interpretar la Constitución de acuerdo con el concepto generalmente acuñado de «garantía institucional». Por eso, que el núcleo esencial de esa garantía «evolucione» históricamente en su significado no tiene nada que ver con la llamada interpretación evolutiva, que consiste en adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos deparan. En el primer supuesto (el de la garantía institucional) la misma norma constitucional llama (interiormente) al «ser» para configurar su «deber ser». En el segundo supuesto el de la interpretación evolutiva, no es la norma la que llama, para dotarse de eficacia, al «ser», pues como «deber ser» es perfecta, sino el intérprete el que, externamente, va adaptando su sentido, pero con un límite claro: el respeto al tenor literal de la propia norma (tenor literal, insisto, que es completo en sí mismo), de manera que sólo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten. Mediante la interpretación evolutiva no puede hacersele decir a la norma lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello. Por eso, si se tratase de un precepto constitucional que no estableciese una garantía institucional, frente a su tenor literal, a su indudable significado originario y a su entendimiento reiterado por el Tribunal Constitu-*

*cional, hubiera sido muy difícil no declararlo inconstitucional». Y concluye: «Con esa, que llama la Sentencia «lectura evolutiva de la Constitución», sobra la rigidez constitucional, sobra la garantía que, al servicio de la rigidez, significa el procedimiento de reforma e incluso sobra la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. El Tribunal Constitucional, entonces, en lugar de ser, como es, un poder constituido, pasaría a ser, como ya dije, un poder constituyente permanente. Como esto no puede ser así, por razones obvias, pues, el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, pero no su supremo dueño, y es difícil aceptar que así lo quisieran los demás Magistrados de la mayoría, no hay más remedio que entender que ha sido, más que un error, fruto de la inadvertencia, realizar estas afirmaciones sin modularlas, limitarlas, precisarlas con los necesarios matices y cautelas para que no surtan los efectos perniciosos que, dichas en términos tan generales como se dicen, podrían provocar».*

**STC 241/2012, de 17 de diciembre**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: González Rivas. Voto particular discrepante de Valdés Dal-Ré, al que se adhiere Asua Batarrita.**

**Conceptos: Derecho a la intimidad personal y derecho al secreto de las comunicaciones. Poderes de autoorganización, dirección y control del empresario.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.1, 18.3 y 38 CE; artículo 20 ET.**

Dos trabajadoras fueron amonestadas verbalmente por la empresa en la que prestaban sus servicios como teleoperadoras por el contenido de los mensajes intercambiados entre ellas por medio de un programa de mensajería instantánea. Previamente, las trabajadoras, sin autorización y conocimiento de la empresa, habían instalado en la unidad «C» del ordenador de uso indistinto que el empresario ponía a su disposición el programa de mensajería instantánea «Trillan». Otro trabajador, al acceder a la unidad «C» de ese ordenador, tuvo conocimiento, casualmente, de los mensajes que se intercambiaron las dos trabajadoras por medio de ese programa, y, a la vista de su contenido –en ellos, como ya se habrá intuido, se vertían comentarios críticos, despectivos o insultantes en relación con compañeros de trabajo, superiores y clientes–, advirtió de ello a la dirección de la empresa. Ésta reunió a las dos trabajadoras autoras de los mensajes y, después de leer y reseñar los mensajes, amonestó, del modo en que ha quedado indicado, a las dos trabajadoras.

Las dos trabajadoras interpusieron ante la jurisdicción laboral demanda contra la empresa por vulneración de sus derechos fundamentales, particularmente, a la intimidad. Tanto el Juzgado de lo Social de Sevilla como la Sala Social del TSJ de Andalucía desestimaron las demandas de las trabajadoras.

Ante el recurso de amparo de una de las dos trabajadoras, la mayoría de la Sala Primera del TC confirma las resoluciones impugnadas y desestima la pretensión de amparo de la trabajadora fundada en la vulneración de sus derechos a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

1) *Inexistencia de vulneración del derecho a la intimidad personal del artículo 18.1 CE: las trabajadoras realizaron «actos dispositivos» de su*

*derecho a la intimidad.*—En primer lugar y de forma particularmente sucinta, el TC descarta la existencia de vulneración del derecho a la intimidad personal de la trabajadora recurrente en amparo. Para ello, el TC reseña la caracterización en la jurisprudencia constitucional de este derecho como un derecho de autodeterminación informativa, esto es, como el reconocimiento a la persona de un ámbito de poder respecto de la «*revelación, divulgación o publicidad no consentida*» de datos pertenecientes a la esfera íntima. Sobre esta base, cobra singular importancia, como se ve, el consentimiento o autorización del titular: en caso de acreditarse su existencia, este consentimiento o autorización excluye la ilicitud de la intromisión en el ámbito de poder garantizado por el derecho a la intimidad. Y, precisamente, el TC parece conectar este planteamiento con la desestimación del recurso de amparo en este punto: «*no cabe apreciar afectación del derecho a la intimidad desde el momento en que fue la propia demandante y otra trabajadora quienes realizaron actos dispositivos que determinaron la eliminación de la privacidad de sus conversaciones, al incluirlas en el disco del ordenador en el cual podían ser leídas por cualquier otro usuario, pudiendo trascender su contenido a terceras personas, como aquí ocurrió al tener conocimiento la dirección de la empresa*» (FJ 3). Del modo en que se expone, el argumento del TC se presta a interpretaciones equívocas, especialmente, en relación con el uso de la expresión actos dispositivos del derecho a la intimidad: por un lado, es evidente que las trabajadoras no consintieron o autorizaron para que el empresario accediera al contenido de sus mensajes y, por tanto, no realizaron actos dispositivos que legitimen por sí mismos la actuación del empresario que se discute. Acaso el TC entendiera —como parece entender el voto particular de Valdés Dal-Ré— que las trabajadoras realizaron actos propios que les vinculaban y que les impedirían ejercitar posteriormente una pretensión de privacidad respecto de esos mensajes. Pero el recurso a la doctrina de los actos propios es arriesgada y, en el caso —como certeramente se discurre en el voto particular indicado—, resulta particularmente discutible: acceder a la unidad «C» del ordenador y, en concreto, a las carpetas donde se archivaban los mensajes no parece que fuera tan sencillo como, al parecer, resulta de una primera lectura del relato de hechos de la sentencia del TC. En todo caso, no parece dudoso que la *ratio decidendi* de la sentencia en relación con la falta de vulneración del derecho a la intimidad es discutible: el mero hecho de que fuera la conducta de las trabajadoras —probablemente, por falta de diligencia, y no por una voluntad inequívoca de difundir sus mensajes en el interior de la empresa— la que permitió «*el conocimiento de las conversaciones por otro usuario del ordenador*» y que, en última instancia, «*provocó la intervención empresarial*» no parece argumento suficiente para neutralizar la potencial ilicitud de la intromisión empresarial en el ámbito del derecho a la intimidad. Probablemente, la mayoría de la Sala Primera del TC convendría en que, quien por despiste olvida unos archivos con fotografías íntimas en un carpeta accesible a terceros, no está legitimando con su conducta la difusión de esas fotografías. Cuestión distinta, y que no es expresamente abordada en la sentencia en relación con el derecho a la intimidad, es que todos los mensajes litigiosos pudieran considerarse pertenecientes a la esfera íntima que protege el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE.

2) *Inexistencia de infracción del derecho al secreto de las comunicaciones: las trabajadoras no disponían de una expectativa razonable de confidencialidad porque el ordenador era de uso común para todos los trabajadores y, además, la utilización del programa de mensajería era contraria a*

*una orden empresarial.*—Más allá del resumen de la jurisprudencia constitucional entre la relación del derecho de los trabajadores al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE y los poderes de autoorganización, dirección y control que corresponden al empresario, el TC centra la *ratio decidendi* de su desestimación de la infracción de ese derecho fundamental en dos hechos: (i) «*el ordenador era de uso común para todos los trabajadores de la empresa*»; y (ii) «*la empresa había prohibido expresamente a los trabajadores instalar programas en el ordenador*» (FJ 6). Estas dos consideraciones fácticas conectan con dos argumentos igualmente relevantes: (i) las trabajadoras sabían que el uso de ese ordenador no era personal y, por tanto, «*no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad*»; y (ii) la utilización del programa instalado «*incurría en contravención de la orden empresarial*» (FJ 6). Esta última consideración es abiertamente criticada en el voto particular de Valdés Dal-Ré, al resaltar que el incumplimiento de lo ordenado por el empresario, «*sin perjuicio de que pueda acarrear algún tipo de sanción*», «*no habilita en modo alguno interferencias en el proceso o en el contenido de la comunicación*» (apdo. 4).

Adicionalmente, la mayoría de la Sala Primera del TC recurre, sin desarrollarlo extensamente, a otro argumento: la falta de adopción por parte de las trabajadoras de cautelas para garantizar el carácter confidencial o secreto de sus mensajes priva a estas comunicaciones del carácter secreto y, por tanto, «*quedan fuera de la protección constitucional por tratarse de formas de envío que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta*» (FJ 7).