

NOCELLA, S.: «Diritti dei soci, informazione societaria e ruolo dell'assemblea: le correzioni del d.lgs. 18 giugno 2012, n. 91», *NLCC*, 2014, núm. 1, pp. 71-98.

Análisis del ámbito de aplicación del d.lgs. 18 junio 2012, en materia de convocatoria y desarrollo de la asamblea societaria: convocatoria de asamblea, participación de los socios en las materias a debatir en la asamblea, asistencia mediante representación, etc. (*M. R. D. R.*)

ZATTAR-GROS, AF.: «Morceaux choisis de l'ordonnance núm. 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés», *GP*, 2014, núm. 264-266, pp. 7-18.

Estudio sobre la nueva regulación en materia de sociedades a raíz de la ordenanza de 31 de julio. Unificación de garantías solicitadas a las sociedades en el ámbito europeo. (*R. A. R.*)

#### INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

LASSERRE CAPDEVILLE, J.: «Les incidences sur le monopole bancaire et le monopole des prestataires de services de paiement de l'ordonnance sur le financement participatif», *GP*, 2014, núm. 260-261, pp. 5-8.

La asignación de los servicios de pago a los bancos y entidades de crédito. Problemas presentados con la ordenanza 2014-863. (*R. A. R.*)

#### CONTRATOS MERCANTILES

RABITTI, M.: «La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario», *CI*, 2014, núm. 1, pp. 201-220.

Relevancia jurídica de la cualidad de consumidor en las relaciones entre entidad bancaria y cliente. El uso de la noción de consumidor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano y en las decisiones del Árbitro Bancario Financiero. El Árbitro Bancario Financiero y la tutela del consumidor. (*Alma R. G.*)

#### DERECHO CONCURSAL

THOLE, Chr.: «Die Reform der Europäischen Insolvenzverordnung – Zentrale Aspekte des Kommissionsvorschlag und offene Fragen-», *ZEuP*, núm., 2014, pp. 39-76.

En la actualidad existe un Reglamento de Insolvencias Transfronterizas, de 2000. La Comisión Europea ha propuesto el 12-XII-2012 un nuevo Reglamento. La contribución del autor muestra los aspectos centrales de la nueva regulación y aclara las cuestiones abiertas. (*M. G.-R.*)

**ABREVIATURAS**

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law
CLR	California Law Review
C. L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
ERPL	European Review of Private Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
L. Q. R.	Law Quarterly Review
MLR	Modern Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile
RD	Recueil Dalloz
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RIDA	Revue Internationale du Droit d' Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA L. Rev.	University of California Los Angeles Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2013

Coord.: **Ramón CASAS VALLES (UB)**. **Carles VENDRELL CERVANTES (UAM)**

**STC 41/2013, 14 de febrero**

**CI: Estimada. Se anula parte de la DA 3.<sup>a</sup> de Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social.**

**Ponente: Aragón Reyes. Voto particular discrepante de Pérez de los Cobos Orihuel al que se adhieren otros tres.**

**Conceptos: Convivencia *more uxorio* y matrimonio. Unión de hecho homosexual y pensión de viudedad. Igualdad. Cláusula general de igualdad y prohibiciones de discriminación (por «orientación sexual»). Infracción del principio de igualdad ante la ley por establecer un requisito no razonable (tener hijos en común). Alcance temporal de la declaración de nulidad.**

**Preceptos de referencia: Artículo 14 CE. DA 3.<sup>a</sup> Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social.**

La importante Ley 40/2007, de 4 de diciembre, sobre Medidas en materia de Seguridad Social, tuvo por objeto introducir las reformas necesarias para dar cumplimiento al llamado Pacto de Toledo de 2003 y, de forma más directa, al Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno y las asociaciones empresariales y sindicales más importantes.

Entre las cuestiones afectadas estaba el régimen asistencial de las parejas de hecho. A este respecto, el Preámbulo explicaba que: «*En materia de supervivencia las mayores novedades atañen a la pensión de viudedad y, dentro de ésta, a su otorgamiento en los supuestos de parejas de hecho que, además de los requisitos actualmente establecidos para las situaciones de matrimonio, acrediten una convivencia estable y notoria durante al menos cinco años, así como dependencia económica del conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad*». Y añadía: «*Finalmente, la equiparación de las parejas de hecho a las matrimoniales lleva a extender el tratamiento seguido para la viudedad también con respecto al auxilio por defunción y a las indemnizaciones a tanto alzado en caso de muerte derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional. La ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hace imprescindible delimitar, si bien exclusi-*

vamente a efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, los perfiles identificativos de dicha situación, intentando con ello una aproximación, en la medida de lo posible, a la institución matrimonial. No obstante, habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad».

De acuerdo con las explicaciones anteriores, se dio nueva redacción al artículo 174 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Concretamente, sus apartados 3 y 4 pasaron a tener la siguiente redacción:

«3. Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el apartado 1 de este artículo, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones.

A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica.

4. *En todos los supuestos a los que se refiere el presente artículo, el derecho a pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado anterior, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente.»*

Se decidió asimismo reconocer retroactivamente el derecho a pensión de viudedad en supuestos especiales, con arreglo a una serie de requisitos, cosa que se hizo mediante la DA 3.<sup>a</sup> de la Ley 40/2007:

*«Disposición adicional tercera. Pensión de viudedad en supuestos especiales.—Con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurran las siguientes circunstancias:*

*a) Que a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 174 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.*

*b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el artículo 5 de la presente Ley, con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste.*

*c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.*

*d) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.*

*e) Para acceder a la pensión regulada en la presente disposición, la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición.»*

La sentencia del Tribunal Constitucional tiene su origen en una solicitud de pensión de viudedad por parte del miembro supérstite de una pareja de hecho, que invocaba a su favor la DA 3.<sup>a</sup> de la Ley 40/2007, al haberse producido el fallecimiento del otro antes del 1 de enero de 2008, fecha de su entrada en vigor. Se trataba de una pareja homosexual y se cumplían todos los requisitos legales para obtener la pensión, salvo el del apartado c), que exige *«que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes»*. Esta fue la razón de que el INSS denegara la petición.

La demanda contra la resolución denegatoria correspondió al Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, que interpuso Cuestión de Inconstitucionalidad respecto de la DA 3.<sup>a</sup>, de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Sus razones se recogen en la sentencia reseñada: *«Para el Juzgado promotor de la cuestión la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 comporta un trato desfavorable por causa de la orientación sexual, expresamente prohibido por el artículo 14 CE, toda vez que el requisito de haber tenido hijos en*

*común que establece la citada disposición para poder causar derecho a la pensión de viudedad en supuestos de parejas de hecho en las que el fallecimiento del causante se produjo antes del 1 de enero de 2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007), resulta de muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho homosexuales. Pues, además de la imposibilidad biológica, ha de tenerse en cuenta que el derecho de las parejas del mismo sexo a la adopción conjunta y la adopción individual del hijo del conviviente sólo ha sido reconocido de manera reciente en algunas Comunidades Autónomas en las leyes que regulan el régimen jurídico de las parejas de hecho, como ha sucedido en Cataluña en virtud de la Ley del Parlamento catalán 3/2005, de 8 de abril. La exigencia del referido requisito, aparentemente neutral, supone así, según el Juzgado, un trato discriminatorio para las parejas de hecho del mismo sexo, por su efecto excluyente de la pensión de viudedad» (FJ 1).*

La extensa y razonada sentencia, que cuenta con un voto particular, puede resumirse en los puntos que siguen.

1) *Doctrina constitucional sobre matrimonio y unión de hecho: Son situaciones diferentes, que no es obligado equiparar, aunque nada impide extender la protección de las uniones de hecho para aproximarla a la dispensada al matrimonio.*—El Tribunal considera oportuno llevar a cabo ante todo una exposición de su propia doctrina sobre la naturaleza de las uniones de hecho en relación con el matrimonio. «*La exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema público de Seguridad Social no pugna con el artículo 14 CE, toda vez que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1) [...] Nada de ello ocurre con la unión de hecho more uxorio, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”.* Por consiguiente, nada se opone constitucionalmente a que “*el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de esa diferente situación de partida*” (STC 184/1990, FJ 3). *Lo que significa que “no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir more uxorio”.* (STC 184/1990, FJ 2). [...] *Así pues, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, el legislador puede establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica»* (FJ. 2).

Ahora bien «*tampoco existe obstáculo constitucional alguno a que el legislador pueda extender la protección de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables, heterosexuales u homosexuales [...]. Extensión que en modo alguno resulta vedada por el artículo 14 ni encontraría obstáculos en los artículos 32 y 39 de la Constitución. El legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales [...]. En tal sentido, la opción de requerir la*

*existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible»* (FJ 3).

2) *¿Necesidad o daño?: La Ley 40/2007 como instrumento para aproximar el régimen de las parejas de hecho estables al matrimonio.*—La Ley 40/2007 se sitúa precisamente en ese margen de libertad de que dispone el legislador. Mediante ella se ha procedido a extender los beneficios de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables, sean heterosexuales u homosexuales, aunque sin llegar a la plena equiparación con el matrimonio.

Actualmente, explica la sentencia, la pensión de viudedad matrimonial no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia. Su objeto es más bien compensar el daño que implica la falta o minoración de ingresos y, en general, la repercusión económica de la muerte de uno de los cónyuges. Nada impediría, sin embargo, redefinir el sistema para que la pensión se condicionara, en su reconocimiento o cuantía, «a la existencia de un estado real de necesidad del supérstite o de dependencia económica del causante, así como, en su caso, a la existencia de cargas familiares (como así se ha sugerido en alguna ocasión en las recomendaciones del pacto de Toledo, con la finalidad de recuperar la configuración originaria de la pensión de viudedad como prestación sustitutiva de las rentas perdidas por el óbito del causante)» (FJ 4). Pues bien, eso sería, justamente lo que ha hecho la Ley 40/2007 para las uniones de hecho al dar nueva redacción al artículo 174.3 TRLGSS. Se exige para ellas lo que, acaso, en un futuro se exija también para los matrimonios. De este modo, a partir del 1 de enero de 2008, las uniones de hecho estables tienen derecho a pensión de viudedad, pero sólo cuando concurre «una situación real de necesidad del supérstite, en función de su nivel de ingresos propios y de la existencia o no de cargas familiares» (FJ 4).

3) *Un régimen transitorio favorable para los casos de fallecimiento anterior al 1 de enero de 2008.*—La DA 3.<sup>a</sup> de la Ley 40/2007 tiene por objeto extender los beneficios de la reforma mediante «una prestación de carácter excepcional para atender situaciones de necesidad acaecidas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha reforma legal, como excepción a la regla general en materia de Seguridad Social conforme a la cual, como ya se dijo, la norma aplicable para causar derecho a la prestación de que se trate es la vigente en el momento de producirse el hecho causante» (FJ 5). Por tanto, no se trata de extender retroactivamente la pensión de viudedad sino de atender «a concretas situaciones de necesidad acaecidas antes del 1 de enero de 2008 que el legislador ha considerado merecedoras de protección, por tratarse de uniones *more uxorio* dotadas de estabilidad y permanencia», a cuyo efecto habrán de cumplirse los requisitos establecidos en la repetida DA 3.<sup>a</sup> de la Ley 40/2007. (FJ 5).

4) *Cláusula general de igualdad y prohibición de discriminación: Necesidad de abordar el problema en primer lugar desde la perspectiva de la cláusula general.*—El artículo 14 CE dispone que «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Esta norma contiene, de un lado, una cláusula general de igualdad y, de otro, una prohibición de discriminación por una serie de causas que no están tasadas. Entre ellas cabe incluir la «orientación sexual», aunque no se mencione expresamente. Como dice la sentencia, «es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación (por todas, STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3)» (FJ 6).

El Juzgado de lo Social denunciaba la vulneración del principio de igualdad con referencia a las prohibiciones de discriminación. Sin embargo, el Tribunal considera que, ante todo, hay que verificar si la norma cumple con la previa cláusula general de igualdad, ya que el requisito cuestionado (*«que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes»*), *«se exige a todas las parejas de hecho, con independencia de que sus componentes sean de distinto o del mismo sexo, y ello al margen (claro está) de que el requisito sea, como señala el Juzgado promotor de la cuestión, de más difícil o incluso imposible cumplimiento en el caso de las parejas homosexuales, dada la imposibilidad biológica de que las parejas homosexuales tengan hijos entre sí y la imposibilidad legal de adopción conjunta por estas parejas (también de las parejas de hecho formadas por miembros de distinto sexo) hasta fechas relativamente recientes, cuando diversas Comunidades Autónomas han aprobado leyes que permiten la adopción conjunta por las parejas de hecho»* (FJ 6).

El Tribunal concluye que, en efecto, el repetido requisito infringe la cláusula general de igualdad, cosa que hace innecesario analizar si se ha violado o no la prohibición de discriminación. Como es sabido, el artículo 14 primer inciso (cláusula general) no impone la igualdad de trato. No obstante, para que una diferencia de trato sea legítima, es preciso que *«resulte objetivamente justificada, [y] que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida»* (FJ 6). Es aquí donde se sitúa el nudo de la sentencia.

El Preámbulo de la Ley 40/2007 no da ninguna explicación sobre las razones que llevaron al reconocimiento retroactivo de la pensión a las uniones de hecho que cumplieran ciertos requisitos. En esta tesitura, el Fiscal General y el Abogado del Estado coincidían en considerar que la decisión de no ampliar retroactivamente la pensión de viudedad a todas las parejas de hecho estables obedecía a la necesidad de *«conjurar el riesgo de que se produzcan reclamaciones abusivas o fraudulentas fundadas en hechos pretéritos de dudosa probanza (teniendo en cuenta que la creación de los registros municipales de uniones de hecho es relativamente reciente), en detrimento de la adecuada asignación de los recursos económicos –escasos frente a las necesidades de protección siempre crecientes– del sistema de Seguridad Social»*. La descendencia común sería un *«indicador inequívoco»* de la relación de convivencia y evitaría que *«accedan a esta prestación situaciones en las que la pretendida convivencia more uxorio no resultase plenamente acreditada»* (FJ 7). El Tribunal Constitucional, sin embargo, rechaza esta línea argumental. El requisito legal cuestionado, dice, *«no puede ser entendido como un indicador inequívoco de la existencia efectiva de la relación de convivencia more uxorio que se pretende proteger, pues ni la circunstancia de haber tenido hijos en común acredita una mayor estabilidad o solidez de la unión de hecho, ni dicha circunstancia constituye el único medio de prueba posible sobre la estabilidad de la pareja, debiendo repararse en que la propia disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, en su letra b), ya establece como requisito autónomo para acceder a la pensión, al margen de la descendencia, que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida como pareja de hecho con el causante durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste, en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, del artículo 174.3 LGSS»* (FJ 7).

El requisito cuestionado tampoco encuentra la necesaria justificación objetiva y razonable *«en una pretendida finalidad de otorgar protección social a una concreta situación de necesidad»*. Si así fuera, se exigiría que

los hijos fueran menores o estuvieran cargo del supérstite. Y, sin embargo, no es así: «En efecto, el precepto cuestionado exige únicamente que “el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes”, lo que significa que –cumplidos los restantes requisitos que señala el legislador– se puede acceder a la pensión de viudedad excepcional [...] tanto si existen hijos comunes de la pareja de hecho a cargo del supérstite, como si los hijos comunes de la pareja no sobreviven al causante o no se encuentran ya a cargo del supérstite por ser mayores de edad» (FJ 8). Por tanto: «La diferencia de trato que establece el requisito legal cuestionado se revela así carente de una justificación objetiva y razonable, porque no responde a la finalidad de la pensión (contributiva) de viudedad configurada por la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 (referida a hechos causantes acaecidos antes de su entrada en vigor, de ahí su carácter excepcional) que no es propiamente la de atender a una real situación de necesidad o de dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien resarcir frente al daño que se produce al actualizarse la contingencia (la muerte del causante), por la falta o minoración de ingresos de los que participaba el supérstite» (FJ 8).

5) *El caso particular de las parejas del mismo sexo: Imposibilidad de cumplimiento del requisito legal.*—Cuando las uniones de hecho son homosexuales, la situación empeora: «Ese requisito (haber tenido hijos en común) no sólo carece de justificación constitucionalmente legítima por las razones expuestas, sino que, además, resulta ser de imposible cumplimiento, por razones biológicas, tanto para las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo como para las parejas de hecho de distinto sexo que no pudieron tener hijos por causa de infertilidad, a lo que ha de añadirse que la posibilidad de adopción de niños por las parejas de hecho ha estado vetada en nuestro ordenamiento jurídico hasta fechas relativamente recientes, como ya se dijo, lo que significa que el requisito cuestionado tampoco podía ser cumplido por vía de adopción» (FJ 8).

6) *Delimitación del alcance temporal de la anulación.*—Por las razones expuestas, la sentencia declara nulo el apartado c) de la DA 3.<sup>a</sup> de la Ley 40/2007, por vulneración del principio de igualdad ante la ley. La propia sentencia delimita el alcance temporal de la anulación, cerrando el paso a reclamaciones que no se hubieran planteado en tiempo. «Ha de advertirse que esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad, que tiene efectos erga omnes desde la fecha de publicación de la presente Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado” (art. 164.1 CE y art. 38.1 LOTC), no permite que quienes, por no cumplir el requisito de haber tenido hijos en común con el causante, no solicitaron la pensión de viudedad prevista en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 en el plazo de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de dicha Ley, puedan reclamar ahora la pensión [...] Tampoco permite, claro está, revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de lo dispuesto en la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 (art. 40.1 LOTC)» (FJ 8).

7) *Referencia al voto particular.*—El voto particular defiende la constitucionalidad de la norma discutida, al entender que el requisito de haber tenido hijos comunes para acceder a la pensión de viudedad excepcional es un requisito razonable: «Que el legislador decidiera utilizar el hecho de haber tenido descendencia común como criterio de selección de la situación merecedora de protección no puede considerarse carente de justificación objetiva y razonable, atendidos los limitados recursos económicos del sistema de Seguridad

*Social. Haber tenido hijos en común implica la existencia de mayores cargas familiares, anteriores y/o posteriores al hecho causante, cuya atención incide en todo caso sobre la capacidad económica del superviviente. Su valoración por el legislador, por tanto, encaja perfectamente en la lógica de esta prestación dirigida a compensar el daño que la muerte del causante produce en el beneficiario por la falta o minoración de ingresos de los que participaba, sin que resulte desprovisto de sentido presumir que este daño es mayor cuando han existido hijos comunes. La exigencia de hijos comunes no es, por lo demás, un requisito ajeno a la regulación de la pensión de viudedad, pues el legislador lo contempla también en otros supuestos (art. 174.1 in fine LGSS).».*

**STC 42/2013, 14 de febrero**

**CI: Referida al artículo 121.21,d) del Código Civil de Cataluña (Ley catalana 29/2002), por pretendida infracción de los artículos 14, 149.1.6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> CE. Se declara la inadmisión de la Cuestión.**

**Ponente: Valdés Dal-Ré.**

**Conceptos: Cataluña. Igualdad ante la ley. Competencias autonómicas en materia procesal y civil. Prescripción. Responsabilidad extracontractual. Derecho transitorio. Inadmisión de la Cuestión por no ser aplicable al caso la norma cuya inconstitucionalidad se denuncia. Falta de análisis de las normas transitorias por parte del órgano judicial.**

**Preceptos de referencia: Artículo 121.21,d) y DT única del Libro I Código civil de Cataluña. Artículo 1968.2 CC. Artículo 149.1.6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> CE.**

Al aprobarse la Constitución de 1978 una parte –sólo una parte– de la comunidad de juristas españoles pudo pensar que la coexistencia en nuestro país de diversos Derechos civiles sólo provocaría conflictos de baja intensidad, manteniéndose las diferencias ya conocidas en materia de régimen económico matrimonial, sucesiones y derechos reales y sin que fueran de temer grandes movimientos en el campo de las obligaciones y contratos. Para esto último se contaba con el cortafuegos de la competencia estatal sobre las bases de las obligaciones contractuales y, más allá, con las exigencias de la unidad de mercado. También, en fechas más recientes, con el proceso de construcción del Derecho europeo. Todo ello sin olvidar eventuales atajos consistentes en alterar las fronteras tradicionales entre materia civil y mercantil (vid. la reciente *Propuesta de Código mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*).

Por supuesto, el futuro no está escrito. Pero, por lo pronto, hace ya bastante que la realidad dista mucho de esa ingenua previsión. Aunque la cuestión elevada al Tribunal Constitucional ha quedado –con razón– sin resolver, el asunto objeto de la sentencia reseñada prueba que el conflicto puede afectar a materias muy sensibles y de gran trascendencia práctica. Concretamente al Derecho de daños y, de forma más transversal, a la prescripción. Por lo demás, para hacerse una idea clara de hasta dónde pueden llegar las diferencias en el campo del derecho patrimonial, bastará transcribir el párrafo del Preámbulo del «*Anteproyecto de ley del Libro VI del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y contratos*», en el que se expone el contenido previsto para dicho Libro: «*El títol primer, relatiu a les disposicions generals, es reserva per a la regulació de les parts generals de l'obligació i del contracte, tenint en compte els principis que informen la contractació que*

*afecta els consumidors. El títol segon es dedica a les fonts contractuals i ha de contenir els diferents tipus contractuals. El títol tercer s'ha de referir a les fonts no contractuals de l'obligació»* (el texto está actualmente en fase de información pública, DOGC núm. 6672, 25.7.2014). No parece que pueda tacharse de agorero a quien vaticine un conflicto abierto, con varios frentes, entre el Estado y la Comunidad Autónoma.

Pero volviendo al presente, la diversa regulación de la prescripción y la caducidad ya ha brindado la ocasión de que esa conflictividad se manifieste. Se trata de una materia bastante neutra y, en lo que atañe a las normas, sumamente técnica. No es de extrañar que la diversidad legislativa suscite sorpresa a ojos foráneos. Sin embargo, en el Derecho civil catalán ya había alguna norma sobre prescripción antes de la Constitución de 1978. Si a eso añadimos que la legislación supletoria del Código civil español es vieja y muy deficiente, a nadie sorprenderá que el Parlamento de Cataluña decidiera ejercer la competencia para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil propio, aprobando, en 2002, una moderna y completa regulación de la prescripción y la caducidad (Título 2.º del Libro 1.º del Código civil catalán, CCCat). Ha sido bien analizada por la doctrina española y ciertamente podría constituir una base útil para que, sin renunciar a las competencias que cada uno ostente, se pudiera llegar a establecer, si no una única normativa, sí al menos normativas sustancialmente coincidentes. Bastaría con aprobar leyes idénticas sin perjuicio de eventuales diferencias menores cuando estuvieran justificadas. La doctrina, en particular civil, tiene aquí un importante trabajo por delante al que, por fortuna, no está volviendo la espalda (en este sentido, hay que llamar la atención sobre los trabajos de la Asociación de Profesores de Derecho civil en sus XVII Jornadas, Mayo 2014).

En lo que al caso interesa, bastará recordar que la moderna legislación catalana establece un plazo de prescripción trienal para la acción de responsabilidad extracontractual [art. 121-21,d) CCCat] mientras que, como es notorio, en el Código civil español (art. 1968.2) el plazo es de un año. Con ese marco normativo, llegó a un juzgado de Lérida una demanda por daños, en la que las fechas relevantes eran las siguientes: 9 de julio de 2001 (sinistro), 16 de diciembre de 2003 (notificación al perjudicado del Auto de archivo de las diligencias penales incoadas tras la denuncia del accidente), 1 de enero de 2004 (fecha de entrada en vigor de la normativa catalana), 28 de diciembre de 2004 (reclamación extrajudicial), 12 de diciembre de 2005 (nueva reclamación extrajudicial) y 14 de diciembre de 2007 (demanda).

Alegada la prescripción por los demandados y dejada la cuestión para sentencia, el juez decidió plantear Cuestión de Inconstitucionalidad sobre el artículo 121.21, d) de la Ley catalana 29/2002, de 30 de diciembre, por su eventual colisión con los artículos 14 (igualdad) y 149.1.6.ª y 8.ª (legislación procesal y civil) del texto constitucional. Vale la pena reproducir los argumentos del Auto judicial, tal como se recogen en la sentencia del Tribunal Constitucional: *«El artículo 121.21 d) fija un plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual diferente del que establece la legislación estatal, con invasión por parte del legislador catalán, a criterio del juzgador, de la competencia exclusiva del Estado en materia procesal (art.149.1.6 CE). Tal invasión no puede encontrar justificación en ninguna especialidad procesal que pudiera derivarse de alguna particularidad del derecho sustantivo de la Comunidad Autónoma de Cataluña, única hipótesis en que podría contemplarse la intervención normativa, según [se] deduce de la doctrina establecida en la STC 47/2004, de 25 de marzo, que transcribe*

*parcialmente. Añade un segundo razonamiento, relativo al artículo 149.1.8 CE, por si se entendiera que el plazo que establece el precepto cuestionado no es de naturaleza procesal, sino de naturaleza sustantiva civil, y defiende en relación con ello que el establecimiento de un plazo específico por el legislador catalán para el ejercicio de las acciones basadas en la responsabilidad extracontractual no obedece tampoco a una regulación reveladora de la conservación, modificación y desarrollo por la Comunidad de Cataluña de su Derecho civil, foral o especial, único marco en el que aquella previsión constitucional le atribuye competencias. Termina aludiendo al artículo 14 CE, ya que estima que el establecimiento por el Código civil de Cataluña de un plazo para el ejercicio de las acciones de responsabilidad extracontractual superior al fijado por el Código civil común, situaría en posición más favorable a las personas a cuya relación jurídica le fuera aplicable el Código autonómico que a aquéllas que vengan regidas por la norma estatal, sin que ello encuentre una explicación objetiva y razonable» (Antecedente 3)*

El problema es ciertamente del mayor interés y habría dado ocasión para despejar las dudas suscitadas. Pero la sentencia del Constitucional no entra en el fondo por la sencilla razón de que el juez pasó por alto que las propias disposiciones transitorias de la ley catalana resolvían con claridad el problema disponiendo la aplicabilidad al caso del artículo 1968.2 CC y, por tanto, del plazo de prescripción anual. El legislador catalán, muy consciente de lo que supone operar en materia de tanta importancia práctica, optó por una retroactividad de grado medio, además de prever una amplia *vacatio legis*. Así lo explica el Preámbulo de la Ley 29/2002: «Dada la importancia y la previsible repercusión práctica de la nueva normativa sobre prescripción y caducidad, ha sido preciso finalmente regular con detalle las situaciones transitorias y optar por un grado de retroactividad medio, que tiende a favorecer la aplicación de los plazos de prescripción más cortos. Por estas mismas razones y por la conveniencia que el título II del libro primero del Código civil de Cataluña entre en vigor al comienzo del año natural, también se ha considerado necesario establecer una *vacatio legis* hasta el 1 de enero de 2004». De acuerdo con este planteamiento, la DT única del Libro I del Código civil de Cataluña establece que: «Las normas del libro primero del Código civil de Cataluña que regulan la prescripción y la caducidad se aplican a las pretensiones, las acciones y los poderes de configuración jurídica nacidos y aún no ejercidos con anterioridad al 1 de enero de 2004, con las excepciones que resultan de las normas siguientes: [//] a) El inicio, la interrupción y el reinicio del cómputo de la prescripción producidos antes del 1 de enero de 2004 se regulan por las normas vigentes hasta aquel momento. [//] b) Si el plazo de prescripción establecido por la presente Ley es más largo, la prescripción se consuma cuando ha transcurrido el plazo establecido por la regulación anterior. [//] c) Si el plazo de prescripción establecido por la presente Ley es más corto que el que establecía la regulación anterior, se aplica el establecido por la presente Ley, el cual empieza a contar desde el 1 de enero de 2004. Sin embargo, si el plazo establecido por la regulación anterior, aun siendo más largo, se agota antes que el plazo establecido por la presente Ley, la prescripción se consuma cuando ha transcurrido el plazo establecido por la regulación anterior.»

El plazo de la acción civil empezó a correr tras la notificación del Auto de archivo de las diligencias incoadas a raíz de la denuncia del perjudicado, es decir, el 16 de diciembre de 2003. Por tanto, antes del 1 de enero de 2004. Le era pues aplicable el año del artículo 1968.2 CC, al que remitía la legislación civil catalana anterior a la Ley 29/2002. La acción prescribió por tanto

en diciembre de 2004. Era así inevitable que el Tribunal Constitucional inadmitiera la Cuestión pues, en sus propias palabras, el juez proponente «*en ningún momento puso a contraste los elementos temporales del caso con la fecha de entrada en vigor de la norma de cuya constitucionalidad duda, ni con su régimen transitorio, que soslayó abiertamente, pese a que esos datos temporales desencadenaban a todas luces el juego de tales previsiones jurídicas y la aplicación del artículo 1968.2 del Código civil, vista la remisión que contenía el artículo 344 del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio (compilación del Derecho civil de Cataluña), al plazo prescriptivo más corto en él regulado y su condición de norma aplicable al caso por esa razón, a tenor del régimen transitorio.*» (FJ 4)

**STC 55/2013, de 11 de marzo**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Pérez de los Cobos Orihuel.**

**Conceptos: Igualdad ante la Ley. Unión homosexual. Denegación de pensión en aplicación de la DA 3.<sup>a</sup>,c) de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Aplicación de la STC 41/2013 de 14 de febrero que decretó la nulidad de la disposición en cuanto a la exigencia de «haber tenido hijos comunes».**

**Preceptos de referencia: Artículo 14 CE. DA 3.<sup>a</sup> Ley 40/2007, de Medidas en materia de Seguridad Social.**

La sentencia resuelve el recurso de amparo formulado por el miembro superviviente de una pareja homosexual, que había visto denegada la pensión de viudedad excepcionalmente reconocida a las parejas de hecho, homosexuales o heterosexuales, por la DA 3.<sup>a</sup> de la Ley 40/2007 de Medidas en materia de Seguridad Social. La negativa se había basado en el incumplimiento del requisito del apartado c) de dicha disposición, según el cual, para acceder a la pensión, la pareja debía tener descendencia común.

Tal exigencia fue anulada por STC 41/2013, por infracción del principio de igualdad ante la ley reconocido en el inciso primero del artículo 14 CE (vid. supra la reseña correspondiente). En aplicación de dicha sentencia, el TC estima el amparo: «*Planteada la cuestión en los términos expuestos, la respuesta ha de ser forzosamente concisa e inequívoca a la luz de nuestra reciente STC 41/2013, de 14 de febrero, por la que el Pleno de este Tribunal ha resuelto la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona respecto al apartado c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, declarándola inconstitucional y nula. Ciertamente, en ella hemos declarado que el requisito contenido en la letra c) de la disposición cuestionada, constituye una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE), pues la diferencia de trato que se establece entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no sólo no obedece a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad especial que regula, sino que conduce a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supervivientes de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas y jurídicas), la exigencia de haber tenido hijos comunes*» (FJ 2).

**STC 77/2013, de 8 de abril****RA: Estimado.****Ponente: Ortega Álvarez.****Conceptos: Igualdad ante la Ley. Unión homosexual. Transexualidad. Denegación de pensión en aplicación de la DA 3.<sup>a</sup>,c) de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Aplicación de la STC 41/2013 de 14 de febrero que decretó la nulidad de la disposición, en cuanto a la exigencia de haber tenido hijos comunes.****Preceptos de referencia: Artículo 14 CE. DA 3.<sup>a</sup> Ley 40/2007, de Medidas en materia de Seguridad Social.**

Como en la STC 55/2013 (vid. supra la correspondiente reseña), el recurso de amparo se desestima en aplicación de la STC 41/2013, que decretó la nulidad del apartado c) de la DA 3.<sup>a</sup> de la Ley 40/2007, al entender que la exigencia de haber tenido hijos comunes, para acceder a la pensión de viudedad excepcional reconocida en la citada disposición, infringía el principio de igualdad ante la ley del primer inciso del artículo 14 CE. La única particularidad de este caso reside en que la solicitante de la pensión y del posterior amparo era transexual. Pero el problema se resuelve en el mismo sentido y por las mismas razones: *«Nuestra reciente STC 41/2013, de 14 de febrero, ha declarado que la citada exigencia constituye una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley consagrado por el artículo 14 CE, pues la diferencia de trato que se establece por la norma cuestionada entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no sólo no obedece a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad especial regulada en la referida disposición, sino que conduce además a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supervivientes de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) la exigencia de haber tenido hijos comunes (FJ 9)»* (FJ 3).

**STC 79/2013, 8 de abril****RA: Estimado.****Ponente: González Rivas.****Conceptos: Ejecución hipotecaria y derecho a la tutela judicial efectiva. Legitimación pasiva del tercer adquirente con título inscrito. Valor de la publicidad registral a efectos de la ejecución hipotecaria. Litisconsorcio necesario. Indefensión. Nulidad de actuaciones.****Preceptos de referencia: Artículo 24 CE. Artículo 685 LEC.**

La sentencia tiene su origen en un procedimiento de ejecución hipotecaria instado por *Banco de Sabadell*. La acción, iniciada el 3 de noviembre de 2009, se dirigió contra los prestatarios, quedando al margen una empresa (*IG Llanerastur*) que se había adjudicado la finca en otro procedimiento instado por la Agencia Tributaria. Aunque su titularidad constaba en el registro desde el 11 de marzo de 2008, *IG Llanerastur* sólo tuvo conocimiento de la ejecución hipotecaria cuando la finca ya se había subastado e inscrito a nombre de otra persona. Ante esta situación, *IG Llanerastur* se personó en el procedimiento hipotecario y solicitó la nulidad de actuaciones por vulnera-

ción de la tutela judicial. La solicitud, no obstante, fue denegada. Según razonó el correspondiente Auto *«la parte solicitante carece de legitimación al promover dicha nulidad en cuanto que no es parte en el procedimiento, en sentido propio (se ha personado a los solos los efectos del incidente), ni tampoco de forma obligatoria tendría que haber sido parte –necesaria–, por cuanto que inicialmente no debió ser demandada, en cuanto no acredita –sólo afirma– que hubiera comunicado a la entidad acreedora su adquisición»*. IG Llanerastur acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional al entender que dicho Auto vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva.

El interés del caso, como explica la propia sentencia, radica en que *«se plantea la cuestión relativa a la constitución de la relación jurídico procesal en el procedimiento de ejecución hipotecaria de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), en relación con el titular de la finca que ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, lo cual dota a este recurso de especial trascendencia constitucional puesto que no sólo se trata de una cuestión de relevante y general repercusión social [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 g)] sino que, además, permite a este Tribunal Constitucional sentar doctrina sobre la proyección que, desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), tiene la inscripción registral y su publicidad en dicho procedimiento especial de ejecución, problema sobre el que no nos hemos pronunciado específicamente bajo la vigencia del procedimiento hipotecario de la actual Ley de enjuiciamiento civil, puesto que nuestras Sentencias anteriores se refieren genéricamente a la intervención de terceros poseedores en el proceso de ejecución hipotecaria desde la perspectiva del interés legítimo (por todas, SSTC 29/2003, de 13 de febrero; 6/2008, de 21 de enero; y 43/2010, 26 de julio), lo que se corresponde con el supuesto del apartado a) del fundamento jurídico 2 de la invocada STC 155/2009»* (FJ 2).

Centrada la cuestión, el Tribunal comienza por recordar que nada se opone a un proceso como el hipotecario, sin fase de cognición y con una contradicción procesal extraordinariamente reducida, pues su carácter no definitivo permite que las cuestiones de fondo puedan discutirse después con toda amplitud (cfr. STC 158/1997, con referencia al procedimiento anterior a la vigente LEC; y ATC 113/2011, referido ya a esta última). Sin embargo, añade, *«la validez global de la estructura procedimental de la ejecución hipotecaria en modo alguno admite excepciones al derecho de defensa de los interesados, no siendo admisibles lecturas restrictivas de la intervención de quienes son titulares de derechos e intereses legítimos, entre los que figuran los denominados legalmente como “terceros poseedores” y el propietario de los bienes que no se ha subrogado en el contenido obligacional garantizado con la hipoteca»* (FJ 3).

Según el artículo 685.1 LEC *«La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes»*. El Auto del Juzgado entendía que tal acreditación no había tenido lugar por cuanto IG Llanerastur no había comunicado su condición de tercer adquirente al banco ejecutante. El Tribunal Constitucional, sin embargo, considera que, a los efectos del artículo 685.1 LEC, es suficiente la constancia registral previa. En este sentido dice la sentencia que: *«El artículo 685 LEC establece que la demanda debe dirigirse frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados “siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bie-*

nes”, precepto éste que entendido según el artículo 24 CE nos lleva a la conclusión de que la situación de litisconsorcio necesario se produce en todo caso respecto de quien tiene inscrito su título adquisitivo, pues el procedimiento de ejecución hipotecaria no puede desarrollarse a espaldas del titular registral, como aquí ha sucedido, al serlo con anterioridad al inicio del proceso de ejecución hipotecaria» (FJ 4). Y añade: «En efecto, en la cuestión planteada, la inscripción en el Registro produce la protección del titular derivada de la publicidad registral, con efectos erga omnes, por lo que debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que éste conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registrales» (FJ 4).

De todo ello resulta la siguiente conclusión, que aboca a la estimación del amparo con la consiguiente declaración de nulidad y retroacción de actuaciones: «Se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la entidad IG Llanerastur, S.L., al no haber sido llamada al proceso, puesto que consta acreditado que era titular del dominio de la vivienda hipotecada en virtud de subasta llevada a cabo por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, figura inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad el 11 de marzo de 2008, y está identificada en la certificación de cargas expedida con anterioridad a la interposición de la demanda ejecutiva, sin que la sociedad demandante tuviera conocimiento efectivo del proceso de ejecución, con anterioridad a la fecha que indica la parte recurrente» (FJ 4).

#### **STC 81/2013, 11 de abril**

**CI: Estimación parcial. Planteada cuestión en relación con los artículos 3, 4, 5, 8 y 9 de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho, la sentencia declara inconstitucionales y nulos los artículos 4 (regulación de la convivencia) y 5 (inscripción), desestimando la Cuestión en lo demás.**

**Ponente: Ortega Álvarez. Voto particular discrepante de Aragón Reyes al que se adhiere Ollero Tassara.**

**Conceptos: Unión de hecho. Comunidad de Madrid. Competencias autonómicas Materia civil. Ordenación de registros e instrumentos públicos. Registros de naturaleza civil y de naturaleza administrativa. Régimen estatutario de los funcionarios. Concesión de beneficios en materias de competencia autonómica.**

**Preceptos de referencia: Artículo 149.1, 8.ª y 149.1.18.ª CE.**

El caso tiene su origen en el recurso contencioso-administrativo planteado por un partido político llamado *Familia y Vida* contra el Decreto madrileño 134/2002, sobre Registro de uniones de hecho de la Comunidad, aprobado al amparo de la Ley 11/2001 de la Asamblea de Madrid. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid planteó Cuestión de Inconstitucionalidad referida a los artículos 3, 4, 5, 8 y 9 de la citada ley madrileña. Las razones aducidas eran tres. En primer lugar, se sostenía que los artículos 4 y 5 vulneraban la competencia exclusiva del Estado en materia civil al regular el contenido de los posibles pactos de convivencia y su inscripción en el registro de uniones de hecho de la Comunidad. En segundo lugar, se reprochaba al artículo 3 atribuir a la inscripción carácter

constitutivo. El tercer argumento tenía como objeto los artículos 8 y 9 de la Ley, a los que se imputaba infringir el artículo 149.1.18.ª CE, que atribuye al Estado la competencia sobre «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios».

1) *Invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia civil.*— El reproche se dirigía a los artículos 4 y 5 de la Ley 11/2001 de Madrid, que seguidamente se reproducen para mayor comodidad:

«Artículo 4. *Regulación de la convivencia.*—1. Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese. [//] 2. Los pactos a que se refiere el número anterior podrán establecer compensaciones económicas cuando, tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento respecto a la situación anterior. Tales compensaciones habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código civil. [//] 3. A falta de pacto se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la unión contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas de ésta en proporción a sus recursos.[//] 4. Serán nulos y carecerán de validez los pactos contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos. Asimismo serán nulos los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal o que afecten a la intimidad de los convivientes.[//] 5. En todo caso los pactos a que se refiere este artículo, estén o no inscritos en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, sólo surtirán efectos entre las partes firmantes y nunca podrán perjudicar a terceros.»

«Artículo 5. *Inscripción.*—1. Los pactos a que se refiere el artículo 4 podrán inscribirse en el Registro, siempre que en ellos concurren los requisitos de validez expresados en el mismo artículo.[//] 2. La inscripción podrá efectuarse a petición de ambos miembros de la unión conjuntamente.[//] 3. Contra la denegación de la inscripción, que se hará por resolución motivada, podrá interponerse el recurso administrativo que proceda.»

Basta una simple lectura, dice la sentencia, para comprobar que el artículo 4, «aun cuando solamente sea para las parejas que se hayan inscrito voluntariamente en el registro (art. 1.1), contempla un régimen normativo generador de obligaciones económicas derivadas de dicha situación de hecho que pertenece al ámbito de las relaciones jurídico-privadas de los miembros de la unión de hecho» (FJ 4). La regulación, añade, «se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil». En palabras de la STC 28/2012 (Ley canaria de ordenación del turismo) «las regulaciones relativas a las relaciones inter privados constituyen reglas de Derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil» (FJ 4 de la sentencia reseñada).

Careciendo la Comunidad de Madrid de competencia alguna en materia de legislación civil, la inconstitucionalidad y nulidad por invasión de competencias del Estado es inmediata. Y otro tanto sucede con el artículo 5: «*Se trata de una norma meramente procedimental relativa a la inscripción en el registro de uniones de hecho de los pactos previstos en el artículo 4. razón por la cual el artículo 5 ha de correr la misma suerte y procedente resulta declarar su inconstitucionalidad y nulidad*» (FJ 4)

2) *La creación de un registro administrativo de uniones de hecho entra dentro de las competencias de la Comunidad Autónoma.*—El artículo 3 de la Ley disponía lo siguiente:

«*Artículo 3. Acreditación.—1. Las uniones a que se refiere la presente Ley producirán sus efectos desde la fecha de la inscripción en el Registro de las Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, previa acreditación de los requisitos a que se refiere el artículo 1 en expediente contradictorio ante el encargado del Registro. [//] 2. Reglamentariamente se regulará tal expediente contradictorio. En todo caso, la previa convivencia libre, pública, notoria e ininterrumpida en relación de afectividad, habrá de acreditarse mediante dos testigos mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos civiles. [//] 3. La existencia de la unión de hecho se acreditará mediante certificación del encargado del Registro.*»

El TSJ de Madrid entendía que dicha norma vulneraba la competencia que el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE reserva «en todo caso» al Estado sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos. Sin embargo, recuerda el Tribunal, «*los registros a que dicha ordenación se refiere son, exclusivamente, los de carácter civil*», mientras que «*la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, creen registros administrativos y, por tanto, distintos de los anteriores, ha sido admitida con naturalidad por la doctrina constitucional desde las SSTC 32/1983 y 87/1985*» (FJ 5). En cuanto al concreto registro de que se trata, la sentencia considera que no es civil sino administrativo: «*Se limita a publicitar un hecho, la existencia de la previa unión de hecho a fin de atribuirles determinada eficacia en ámbitos de competencia propia de la Comunidad de Madrid y, por tanto, sin incidir en la legislación civil ni, por lo mismo, en la competencia estatal relativa a la ordenación de los registros del artículo 149.1.8 CE.*» (FJ 5)

3) *Constitucionalidad de la concesión de beneficios relacionados con las competencias de la Comunidad.*—Los artículos 8 y 9 de la Ley proceden a la «*equiparación de [las uniones de hecho inscritas] a los matrimonios en cuanto a los beneficios concedidos al personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid y a los derechos y obligaciones establecidos en la normativa madrileña de Derecho público, “en especial en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios”*» (FJ 6). La sentencia entiende que los citados preceptos no incurren en infracción alguna pues la concesión de beneficios no desborda el ámbito de las materias que son competencia de la Comunidad.

4) *Referencia al voto particular.*—La discrepancia afecta, en primer lugar, al artículo 3 de la ley pues, según se razona, la inscripción de las uniones de hecho «*no sólo va a producir efectos en el ámbito de la competencia*

de la Comunidad de Madrid, como se afirma en la Sentencia, sino que también puede producirlos en ámbitos de competencia estatal; piénsese, por ejemplo, en la pensión de viudedad para supervivientes de parejas de hecho: la existencia de la pareja de hecho se podrá acreditar, según el artículo 174.3 de la Ley general de la Seguridad Social». La discrepancia afecta asimismo al artículo 8 en la medida en que no distingue entre funcionarios y empleados. En el primer caso, no habría objeciones a la norma. Sí, en cambio, en el segundo: «[La] atribución de efectos jurídicos administrativos a la inscripción en dicho registro excede de las competencias autonómicas cuando se trata de personal laboral».

### STC 93/2013, 23 de abril

**RI: Estimación parcial del recurso del Partido Popular contra la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas estables. Se declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad: del artículo 2, apartado 2, párrafo primero, inciso «*hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que*» y párrafo segundo, y apartado 3; del artículo 3, inciso «*y el transcurso del año de convivencia*»; del artículo 4, apartado 4; del artículo 5, apartado 1, inciso «*respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles*», y apartados 2, 3, 4 y 5; del artículo 6; del artículo 7; del artículo 9; del artículo 11; y del artículo 12.1; con el alcance determinado en el fundamento jurídico 14.**

**Ponente: Asua Batarrita.** Hay un voto particular discrepante de Aragón Reyes al que se adhiere Rodríguez Arribas y otro más de González Rivas. Se admite la abstención de Ollero Tassara por haber sido uno de los diputados del Partido Popular que, en su día, formularon el recurso.

**Conceptos:** Legislación foral sobre uniones de hecho. Competencias civiles del Estado y de la Comunidad Foral Navarra. Competencias sobre formas del matrimonio y sobre normas de conflicto y puntos de conexión. Libre desarrollo de la personalidad. Intimidad personal y familiar. Derecho a no contraer matrimonio. Unión de hecho: noción y límites de la actividad reguladora del legislador. Adopción por parejas homosexuales. Leyes navarras «de mayoría absoluta». Alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad.

**Preceptos de referencia:** Artículos 10.1, 14, 18.1, 32.2, 149.1.1.<sup>a</sup> y 149.1.8.<sup>a</sup> CE. Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LORAFNA).

Un grupo de diputados del Partido Popular interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la Ley foral navarra 6/2000, de 3 de julio, sobre Igualdad Jurídica de Parejas estables. Antes de la sentencia hubo modificaciones normativas que dejaron sin contenido algunos aspectos del recurso, pero no su esencia. Según los recurrentes, la Ley debía ser declarada inconstitucional en bloque por tres razones: 1.<sup>a</sup>) Por invadir la competencia que «*en todo caso*» ostenta el Estado sobre «*las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas*

*de matrimonio»* (art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE); 2.<sup>a</sup>) Por incurrir en el vicio formal de no indicar que se trata de una «ley foral de mayoría absoluta»; y 3.<sup>a</sup>) Por «[comprometer] los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar y a no casarse (arts. 10.1, 18.1 y 32.1 CE), en la medida en que impone determinados efectos jurídicos a personas que no han expresado su deseo de casarse». Con independencia de lo anterior, los recurrentes también alegaban una razón 4.<sup>a</sup>): «Que los distintos preceptos en los que se articula la Ley Foral incurren en diversos motivos de inconstitucionalidad; que en algunos casos son un mero reflejo de las alegaciones ya realizadas y en otros supuestos resultan de otras consideraciones suplementarias. Así, entre otros aspectos, estiman que el artículo 2.3, que establece una norma conflictual, invade la competencia exclusiva del Estado central referida a las «normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8 CE); que el artículo 8, en la medida en que permite la adopción a las parejas estables homosexuales, sería inconstitucional por vulnerar el artículo 39.2 CE; o que los artículos 12 y 13, referidos a los efectos fiscales o a la materia «función pública», deben ser declarados inconstitucionales por incluirse en una ley foral de mayoría absoluta» (FJ 1).

La sentencia hace en primer lugar un extenso resumen de los objetivos, rasgos básicos y contenido de la ley. Sin perjuicio de la recomendable lectura íntegra, valgan a este mismo propósito dos párrafos de la Exposición de Motivos: «El artículo 39 de la Constitución Española indica la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. En dicho artículo no existe referencia a un modelo de familia determinado ni predominante, lo que hace necesaria una interpretación amplia de lo que debe entenderse por tal, consecvente con la realidad social actual y con el resto del articulado constitucional, en particular los artículos 9.2 (obligación de los poderes públicos 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) y 14 (los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social)». «La presente Ley Foral pretende eliminar las discriminaciones que por razón de la condición o circunstancia personal o social de los componentes de la familia, entendida en la multiplicidad de formas admitidas culturalmente en nuestro entorno social, perduran en la legislación, y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de protección social, económica y jurídica de la familia, adecuando la normativa a la realidad social de este momento histórico».

Tras esa presentación, la sentencia aborda las diferentes razones de inconstitucionalidad alegadas, empezando por el supuesto vicio procedimental.

1) *La condición de «ley de mayoría absoluta»*.—El artículo 20 de la norma estatutaria navarra (LO 13/1982 de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra, LORAFNA) distingue entre leyes «de mayoría simple» y «de mayoría absoluta». Según los recurrentes, el hecho de que la ley impugnada no explicitara esta última condición ni identificara cuáles de sus preceptos requerían mayoría absoluta y cuáles no, supondría un vicio determinante de inconstitucionalidad. Se reprochaba un indebido efecto de «congelación», semejante al que se produciría si el Estado regulara mediante ley orgánica materias que deben ser objeto de ley ordinaria. A ello la letrada del Parlamento navarro oponía que: «La necesidad de que la Ley Foral impugnada se apruebe por mayoría absoluta se contiene en el acuerdo de la Mesa del

*Parlamento de 12 de junio de 2000, por incidir en el Derecho civil foral, tal y como dispone expresamente el artículo 20.2 LORAFNA, en relación con el artículo 48.2 del mismo cuerpo normativo, por lo que es evidente que no se produce ningún tipo de “congelación” en las normas contenidas en la Ley Foral referibles a otros ámbitos competenciales, como son el fiscal o el que corresponde a materias propias de la función pública».* En línea con esta argumentación, el Tribunal Constitucional desecha este motivo del recurso: «*Con independencia de las similitudes y diferencias que puedan establecerse entre los distintos instrumentos normativos que suponen las leyes orgánicas y las leyes forales de mayoría absoluta, si lo que se presume vulnerado son los principios de publicidad y seguridad jurídica (art. 9.3 CE) es obvio que tal denuncia no puede acogerse puesto que resulta claro que la Ley Foral 6/2000 ha cumplido con todos los trámites previstos en la LORAFNA y en el Reglamento de la Cámara para desplegar, válidamente, sus efectos jurídicos» (FJ 4).* Por lo demás, «*no existen en el ordenamiento navarro dos tipos de leyes forales en función de la mayoría necesaria para su aprobación»*, debiendo concluirse que «*del modus operandi seguido para su aprobación y promulgación no puede derivarse la inconstitucionalidad de la Ley Foral 6/2000» (FJ 4).*

2) *No hay infracción de la competencia estatal referida a las «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio» (art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE).*—Según los recurrentes, so capa de regular las parejas de hecho, el Parlamento navarro habría introducido en el sistema legal español una nueva forma de matrimonio, contraído por medio de la convivencia estable: «*Si el resultado final es que las parejas estables sean consideradas como si de un matrimonio se tratara parece claro que quien tenga la competencia para decidir qué es el matrimonio tendrá competencia para regular su régimen jurídico. Asumir una solución distinta de ésta supone incurrir en un nominalismo que vacía de contenido la competencia estatal» [Antecedente 1,b)].*

a) *Alcance de la reserva «en todo caso» a favor del Estado.*—El Tribunal Constitucional comienza por precisar el significado de la reserva «*en todo caso» de «las reglas relativas a [...] relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio».* A los efectos que ahora interesan, dice la sentencia, la extensión de la competencia estatal puede definirse en función del artículo 32.2 CE, según el cual la ley regulará «*las formas del matrimonio la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».* De esta suerte, prosigue, «*hemos de considerar que, siquiera por relación con el citado precepto constitucional, la competencia estatal ex artículo 149.1.8 CE se extiende al sistema matrimonial (requisitos materiales y formales y causas de extinción) y al contenido personal del matrimonio, esto es, el régimen de derechos y deberes de los cónyuges con exclusión del régimen económico matrimonial en los territorios con competencias propias en Derecho civil especial o foral, lo que, por otra parte, coincidiría con lo dispuesto en el artículo 13.1 del Código civil» (FJ 5).*

b) *Matrimonio y convivencia more uxorio son realidades jurídicamente diferentes.*—La ley navarra no regula el matrimonio sino las parejas estables no matrimoniales. Con esta premisa: «*Importa [...] destacar que, como afirmamos en la STC 184/1990 [...] FJ 3, en la Constitución, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2) mientras*

que “nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”» (FJ 5).

c) *Equiparar y aproximar no son conceptos idénticos: la convivencia «more uxorio» no se convierte en «matrimonio» por el hecho de que su régimen se aproxime.*—Los recurrentes reprochaban a la ley haber regulado el matrimonio omitiendo este nombre. El Tribunal, sin embargo, no lo entiende así: «*Equiparar, en cuanto supone tomar como modelo determinados aspectos de una realidad preexistente para aplicarla a un supuesto de hecho distinto y en un ámbito de competencia propia, es algo conceptualmente distinto a regular una institución, en este caso el matrimonio, y se conecta, por el contrario, con la atribución de ciertas consecuencias jurídicas a la existencia de la situación de hecho que constituiría el sustrato o fundamento de la pareja estable*» (FJ 5). La competencia estatal se refiere sólo al matrimonio (arts. 149.1.8.<sup>a</sup> y 32 CE). La ley navarra, por el contrario, «*disciplina una realidad social diferente, ceñida a las parejas de hecho que reúnan determinados requisitos. Y aun cuando pueda encontrarse cierta conexión o paralelismo entre ambas realidades, su regulación difiere, entre otros aspectos sustanciales, en el relativo a los requisitos y formalidades que, para la celebración del matrimonio exige la formalización solemne de la prestación del consentimiento al efecto ante funcionario o autoridad, o, en su caso, en la forma prevista por la correspondiente confesión religiosa [...]* (Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979, y las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre), resultando insuficientes otros ritos étnicos o culturales no reconocidos por el Estado (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4)» (FJ 5). La conclusión es clara: «*Estas evidentes diferencias, que se ponen de relieve desde la esencia misma de una y otra realidades jurídicas, impiden su equiparación conceptual, por lo que no se produce invasión alguna de la competencia exclusiva estatal sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio por el hecho de que la Comunidad Foral de Navarra haya decidido regular las parejas estables y atribuir determinadas consecuencias jurídicas a las uniones de hecho*» (FJ 5)

3) *Violación de la competencia estatal en materia de Derecho interregional (art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE).*—También en el terreno competencial se sitúa el reproche dirigido específicamente al artículo 2.3 de la Ley, según el cual «*las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra*». Los recurrentes consideraban que con ello se infringía la competencia del Estado sobre las «*normas para resolver los conflictos de leyes* (art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE). Como es sabido, la Constitución de 1978 optó «*por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional*» (FJ 3 STC 156/1993). Por ello: «*La adopción de normas unilaterales o de extensión delimitadoras de los respectivos ámbitos de aplicación espacial y personal de la norma en tanto que técnica de solución de conflictos de leyes, es, por tanto, una tarea que, en principio, resulta vedada a la actuación del legislador autonómico. Quiere ello decir que, en este caso, es al legislador foral a quien corresponde determinar el ámbito de aplicación de las normas que aprueba si bien tal labor no puede ser realizada al margen del principio de territorialidad que limita las normas autonómicas*» (FJ 6). En cuanto al caso concreto: «*Es patente que el artículo 2.3 de la Ley Foral 6/2000 se aparta de esta doctrina, pues, al establecer su aplicación al supuesto en que uno de los dos miembros de la pareja estable tenga vecindad civil navarra, determina el ámbito perso-*

nal de aplicación de una norma integrada en el ordenamiento navarro y dispone unilateralmente, por tanto, la eventual aplicación de la normativa de la Comunidad Foral al miembro de la pareja que no tenga la vecindad civil antes citada» (FJ 6). En conclusión, la norma es nula por invadir las competencias del Estado.

4) *Lesión de los derechos al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), a la intimidad personal (art. 18.1 CE), y a la libertad de elección de no contraer matrimonio que deriva del artículo 32 CE.*—La sentencia deja para el final este motivo, relativo tanto a la Ley en su conjunto como a buena parte de sus concretos preceptos. La vulneración, según los recurrentes, «se produce porque la norma establece una serie de condiciones objetivas cuya concurrencia produce ex lege, no solo la identificación de lo que se considera “pareja estable”, sino también la asignación correspondiente de un estatuto jurídico compuesto de derechos y deberes que, en general, operan con independencia de la propia voluntad de los miembros de la pareja» (FJ 7).

a) *No hay vulneración del derecho a no contraer matrimonio.*—La jurisprudencia constitucional ha reconocido que del derecho a contraer matrimonio, reconocido en el artículo 32.1 CE, se puede extraer la libertad de no contraerlo. Sin embargo, «la Ley Foral no regula una forma de matrimonio, sino las consecuencias que el legislador foral ha querido atribuir a una situación de hecho que se diferencia claramente del matrimonio» (FJ 7).

b) *Sobre la vulneración de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal.*—Para resumir con más facilidad la sentencia recurriremos a subapartados, destacando la idea clave de cada uno de ellos.

b.1) *Noción de unión de hecho.*—Pese a la heterogeneidad de situaciones es posible llegar a una «noción general unitaria» caracterizada por la «voluntad libremente configurada de permanecer al margen del Derecho en cuanto a las consecuencias jurídicas inherentes a la institución matrimonial» (FJ 8). En otras épocas, la situación podía deberse a impedimentos legales para contraer matrimonio, pero hoy ya no es así. La decisión de no contraer matrimonio se vincula con las «convicciones y creencias más íntimas» de la persona (FJ 4, STC 47/1993) y, por tanto, con el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía privada (art. 10 CE). «El libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado tanto si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia more uxorio, como si trataran de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por éstos» (FJ 8).

b.2) *Unión de hecho y familia.*—La unión de hecho «puede conducir, aunque no necesariamente, a la constitución de una familia». La familia matrimonial «es la que toman en consideración tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos [...] como los Tratados sobre derechos fundamentales suscritos por España» (FJ 4, STC 45/1989). Pero no es la única posible. En nuestra Constitución la protección a la familia se extiende también a «la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja» (FJ 3, STC 47/1993).

b.3) *Intervención legislativa y unión de hecho.*—Que los miembros de la unión no quieran sujetarse a los preceptos del matrimonio no significa que queden al margen del Derecho. El legislador puede regular las uniones de hecho e incluso conviene que lo haga: «El establecimiento de alguna regulación de una situación de hecho resulta incluso acorde con [el artículo 32.1 CE]» (FJ 7). No obstante, al hacerlo, es preciso «[respetar] determinados

límites, ya que supondría una *contradictio in terminis*, convertir en “unión de derecho” una relación estable puramente fáctica integrada por dos personas que han excluido voluntariamente acogerse a la institución matrimonial, con su correspondiente contenido imperativo de derechos y obligaciones» (FJ 8). El primer límite es la libertad: «Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el artículo 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de [sic] la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja» (FJ 8). También la intimidad puede ser un límite: «No cabe soslayar tampoco la incidencia que una regulación detallada de las uniones de hecho pueda tener sobre el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE)» (FJ 8). Asimismo habrá que ponderar la concurrencia de otros derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

b.4) *La ley no es contraria, en bloque, al derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad.*—Llegados a este punto, se trata de saber si el régimen que establece la Ley foral 6/2000 «es de aplicación imperativa a las parejas estables o si, por el contrario, éstas pueden optar voluntariamente por someterse o no a esa regulación» (FJ 9). El precepto clave a este objeto es el artículo 2 de la ley (concepto de pareja estable) y, más en concreto, su apartado 2 (relativo al requisito de la estabilidad). Los dos primeros apartados del artículo 2 disponían lo siguiente: «1. A efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona. [//] 2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja “hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que” hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público» (las comillas internas, añadidas, destacan la parte que a la postre sería declarada inconstitucional). Es fácil ver que el artículo 2.2 de la Ley contempla tres situaciones, de las cuales sólo la última respeta el principio de voluntariedad; es decir, la autonomía de la voluntad como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Quienes convivan maritalmente de forma ininterrumpida un mínimo de un año o, sin esa exigencia temporal, tengan descendencia común, no pueden sustraerse a la Ley. Ello, dice el Tribunal, «no resulta respetuoso del [sic] derecho fundamental consagrado en el artículo 10.1 CE. Únicamente resultaría acorde con tal derecho y respetuoso de [sic] la libre voluntad de los integrantes de la pareja, una regulación de carácter dispositivo, como es la que se acoge en el tercero de los supuestos» (FJ 9). Ahora bien, la voluntariedad no solo puede canalizarse a través del documento público. También cabría entender cumplido este requisito mediante «la inscripción, en su caso, en los registros de parejas estables a que se refiere la disposición adicional de la Ley Foral» (FJ 9). La regulación de las uniones estables que lleva a cabo la Ley foral «responde básicamente a un modelo imperativo, bien alejado del régimen dispositivo que resultaría acorde a las características de las uniones de hecho, y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad recogido

en el artículo 10.1 CE.» (FJ 9). Pero de ahí no resulta necesariamente la inconstitucionalidad del conjunto de la Ley pues «*si bien una buena parte del contenido legal se refiere a derechos y obligaciones privados, que se imponen imperativamente a los miembros de la pareja, otra parte se refiere a derechos de carácter público, reconocidos por el legislador en ámbitos propios de su competencia, que implican unos beneficios para uno o los dos miembros de la pareja estable [...]. Por consiguiente, habrá que atender al contenido concreto de cada precepto*» (FJ 9)

En cuanto a la pretendida vulneración del derecho a la intimidad, queda descartada desde el momento en que la Ley caracteriza la relación que regula no sólo como unión libre sino también «*pública*», cosa que implica que «*quienes integran la pareja han realizado profesión públicamente de su condición de pareja estable, llevando a cabo actos externos demostrativos de la existencia entre ellos de una relación de afectividad análoga a la conyugal*». Por tanto, han permitido «*el conocimiento ajeno de una parte de su intimidad, lo que excluye la vulneración del artículo 18.1 CE por injerencias ilícitas en la misma*» (FJ 9)

c) *Análisis de los diferentes preceptos.*—Descartada la inconstitucionalidad en bloque, la sentencia aborda el análisis individualizado de los diferentes preceptos.

c.1) *Inconstitucionalidad de las normas que prescinden de su asunción voluntaria por los miembros de la pareja.*—El criterio básico —aunque no único— aplicado por el Tribunal Constitucional para declarar inconstitucionales diversos preceptos es su imperatividad. Dicho de otra forma, el régimen previsto para la cuestión concreta de que se trate ¿depende de la voluntad de los miembros de la pareja o, por el contrario, les resulta imposible sustraerse a él? En el primer caso, nada hay que objetar. En el segundo, la norma será inconstitucional por ir contra el principio de libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad. Al objeto de ilustrar la aplicación de este criterio bastarán algunos ejemplos, remitiendo a la sentencia para los demás preceptos.

El artículo 5.1 de la Ley foral disponía que los interesados «*pueden regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de disolución de la pareja, “respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles”*» (comillas internas añadidas). El inciso destacado se declara inconstitucional porque «*los derechos mínimos que la Ley establece en este punto se imponen sobre los pactos que puedan alcanzar los integrantes de la unión de hecho y, por tanto, sobre la libre voluntad de éstos, por lo que se produce efectivamente la vulneración de la libertad consagrada en el artículo 10.1 al imponerles unos efectos patrimoniales que no han asumido voluntariamente mediante el correspondiente pacto*» [FJ 11,b)].

Lo mismo sucede con el artículo 7 de la ley (responsabilidad patrimonial), según el cual: «*Los miembros de la pareja estable son responsables solidariamente frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa y la atención de los hijos comunes*». Según la sentencia: «*La regla de imputación de responsabilidad del artículo 7, aunque pudiera considerarse como una consecuencia necesaria de la convivencia libre y voluntariamente asumida, evitando que la misma pudiera producir perjuicios a terceros, lo cierto es que merece igualmente la decla-*

*ración de inconstitucionalidad, ya que se impone de manera absoluta a los integrantes de la pareja, sin permitirles siquiera el establecimiento voluntario de un régimen distinto, por lo que vulnera el artículo 10.1 CE» [FJ 11,c)].*

Y un ejemplo más: *«Tampoco es compatible con la Constitución el artículo 9, en la medida en que equipara a los miembros de la unión de hecho a los cónyuges en aspectos referidos a las acciones relacionadas con la tutela, la curatela, la incapacitación, la declaración de ausencia y la declaración de prodigalidad. Tales materias están reguladas en la ley 62 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra que, a su vez, se remite a lo establecido en el Código civil, y aunque lo que hace el legislador foral es extender un régimen jurídico preexistente al supuesto de hecho constituido por las uniones estables, sin embargo, realiza esa extensión sin contar con la voluntad de ambos integrantes de la pareja estable» [FJ 11, d)].*

c.2) *La cuestión de la adopción por parejas homosexuales.*—Según el artículo 8.1 de la Ley, *«los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio»*. Para los recurrentes, dicho artículo hace posible la adopción conjunta por parte de parejas homosexuales cosa que, a su entender, *«resulta contraria al mandato de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), puesto que antepondría al interés del menor el de las parejas homosexuales en adoptar»*. El Tribunal Constitucional rechaza esta alegación: *«Esta cuestión ha quedado resuelta por este Tribunal, y de manera muy clara en la reciente STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 12, en la que se ha hecho hincapié en el fundamental dato de la preponderancia del interés del menor sobre el de quienes pretendan adoptarlo, interés que ha de ser preservado en todo caso y que se tutela mediante el escrutinio al que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual» (FJ 12)*. Recordando la STEDH de 26 de febrero de 2002 (asunto Frette c. Francia), el Constitucional insiste en que nada indica que una pareja homosexual no pueda proporcionar las condiciones de acogida más favorables y tacha no demostrable la tesis de los recurrentes, según la cual *«la crianza en el entorno de una pareja homosexual resulta, per se, perjudicial o nociva» (FJ 12)*.

5) *Alcance en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad.*—El Tribunal toma nota de la existencia de situaciones personales y patrimoniales de distinta índole consolidadas al amparo de la ley impugnada y de los perjuicios que causaría una inconstitucionalidad *ex tunc*. Por tal motivo, considera aplicable la doctrina de la STC 365/2006, en cuyo FJ 8 se decía que: *«La modulación del alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad no se limita a preservar la cosa juzgada. Más allá de ese mínimo impuesto por el artículo 40.1 LOTC debemos declarar que el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) también reclama que —en el asunto que nos ocupa— esta declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme» (FJ 14)*.

6) *Votos particulares.*—El voto de Aragón defendía la plena estimación del recurso por vulneración de las competencias reservadas en todo caso al Estado por el artículo 149.1.8.ª CE; y, además, por no ser la ley impugnada de conservación, modificación o desarrollo del Derecho civil foral navarro. En cuanto a lo primero, se dice: *«Sólo el legislador estatal ostenta competencia para regular las uniones de hecho estables como una institución jurídica análoga al matrimonio. Esta competencia exclusiva del Estado se fundamenta en el propio tenor de la expresión “formas de matrimonio” que emplea el*

artículo 149.1.8 CE, para referirse a la competencia exclusiva del Estado “en todo caso”. Es notorio que la Constitución, en el momento de su aprobación en 1978, partía entonces de que el “matrimonio” era el único modo de dotar de efectos jurídicos a las uniones estables entre parejas; pero esa literalidad del artículo 149.1.8 CE no impide entender que el término “matrimonio” que emplea el precepto constitucional ha de abarcar cualquier otra regulación jurídica de las parejas estables ligadas por una relación de afectividad análoga a la conyugal, aunque esa otra institución jurídica no lleve, claro está, el nomen iuris de matrimonio». Además, en cuanto a lo segundo, el voto afirma que: «La Comunidad Foral de Navarra carece de competencia ex artículo 149.1.8 CE y artículo 48 LORAFNA para regular las uniones de hecho como una institución jurídica análoga al matrimonio, pues no existía en la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra a la entrada en vigor de la Constitución, como es obvio, la institución jurídica de las parejas de hecho estables, que Navarra ha regulado, en flagrante exceso competencial, en su Ley Foral 6/2000».

En el segundo voto particular, el de González Rivas, la discrepancia se refiere a la posibilidad de adopción conjunta por parte de parejas homosexuales. El magistrado reitera lo que, también mediante voto particular, dejó expresado en la STC 198/2012: «El legislador ordinario está vinculado por los parámetros constitucionales expresamente prefijados en los artículos 32 y 39 CE, de los que se infiere la imposibilidad de desarrollar una relación de filiación adoptiva por dos adoptantes del mismo sexo».

#### STC 98/2013, 23 de abril

**RI: Estimado. Anulación de los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja.**

**Ponente: Roca Trías.**

**Conceptos: Derecho de fundación. Competencia estatal sobre legislación civil. Derecho civil y administrativo.**

**Preceptos de referencia: Artículo 34 CE. Artículo 149.1.8.ª CE. Ley estatal 50/2002, de Fundaciones. Artículos 37, 1 y 3 de la Ley 1/2007 de Fundaciones de La Rioja.**

La sentencia aborda la constitucionalidad de dos disposiciones de la Ley 1/2007, de Fundaciones de La Rioja. La primera, el artículo 37.1, contemplaba la fusión de fundaciones y la permitía siempre que el fundador no lo hubiera prohibido, pero siempre que se tratase de «fundaciones con fines análogos», cosa que, en cambio, la Ley estatal 50/2002, de fundaciones, no exige. La segunda, el artículo 37.3, permitía acordar la fusión pasando por alto la expresa prohibición del fundador si era «la única manera de evitar la liquidación de dicha fundación», de nuevo contra el criterio de la Ley 50/2002.

El conflicto se sitúa en el terreno de las competencias, invocándose a favor del Estado las tres siguientes: Regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, con referencia al derecho de fundación del artículo 34 CE (art. 149.1.1.ª CE); legislación civil, sin perjuicio de las competencias que puedan ostentar algunas Comunidades Autónomas (art. 149.1.8.ª CE); y legislación procesal (art. 149.1.6.ª CE).

La legislación sobre fundaciones, tanto estatal como autonómica, ha sido ya objeto de anteriores resoluciones del Tribunal Constitucional. Por tal motivo, la sentencia se abre con una breve síntesis de su propia doctrina. Acto seguido, se aborda el análisis del problema competencial, centrado en la frontera entre Derecho civil y administrativo, en el bien entendido de que, tratándose de La Rioja, basta calificar las normas impugnadas como civiles para decretar su nulidad por invasión de las competencias del Estado.

1) *Síntesis de la doctrina constitucional sobre el derecho de fundación y su desarrollo legislativo.*—Básicamente, la resolución reseñada echa mano de la STC 341/2005, que se pronunció sobre la Ley madrileña 1/1998, de fundaciones. Las ideas centrales se refieren a la distribución competencial y al contenido del derecho de fundación.

a) *En cuanto a la distribución de competencias.*—La sentencia recuerda que: «Al Estado compete ex artículo 149.1.1 CE regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en [el ejercicio del derecho de fundación]. Por otra parte, otros títulos competenciales del Estado —en los términos en que los consagra la propia Constitución— le habilitan igualmente para disciplinar el régimen jurídico de las fundaciones en los aspectos civiles y procesales (art. 149.1, números 8 y 6 CE), así como a estimular la participación de la iniciativa privada en la realización de actividades de interés general, mediante medidas fiscales que le corresponde establecer, de conformidad con el artículo 149.1.14 CE» (FJ 2 de la STC 341/2005, transcrito en el FJ 2 de la reseñada). También con invocación de su propia doctrina, el Tribunal afirma que «[Son las disposiciones de la Ley estatal 50/2002, de fundaciones] las que habremos de tener presentes al llevar a cabo la “labor de cotejo y contraste” entre los preceptos autonómicos impugnados y las normas estatales sobre la materia [SSTC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 7, y 243/2004, de 16 de diciembre, FJ 6 a)], que puede resultar necesaria al abordar la vertiente competencial del presente recurso» (FJ 3 STC 231/2005, transcrito en el FJ 2 de la reseñada).

b) *En cuanto al contenido del derecho de fundación.*—La sentencia subraya su conexión con el derecho a la propiedad privada y a la herencia así como su condición de manifestación de la autonomía de la voluntad, siendo la exigencia de que la fundación sirva al interés general lo que determina la intervención administrativa. El artículo 34 CE, recuerda el Tribunal, «se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman [...] como afirmación general pocas dudas puede haber de que ese es el concepto de fundación a que se refiere el artículo 34 de la Constitución. Obsérvese también que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el Texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello

*permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados [...]. Del rasgo básico que supone el que las fundaciones tengan un fin de interés general se deriva la exigencia de la intervención administrativa» (FJ 4 de la STC 341/2005, reproducido en el FJ 2 de la reseñada).*

2) *Naturaleza de las normas impugnadas y falta de competencias de la Comunidad Autónoma de La Rioja.*—La Rioja tiene competencia plena en materia de fundaciones. Pero esta competencia no deja sin efecto las que corresponden al Estado, en particular en virtud de los artículos 149.1.1.<sup>a</sup> y 149.1.8.<sup>a</sup> CE. Dado que La Rioja carece de competencias en materia de Derecho civil, la sentencia analiza en primer lugar el conflicto desde esta perspectiva.

Ante todo, hay que saber si las normas sobre fusión de fundaciones son civiles o administrativas. Si son civiles, no hará falta entrar en el análisis del artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE. Planteada así la cuestión, la sentencia recurre a la doctrina de resoluciones anteriores para concluir que las normas impugnadas son civiles. «Este Tribunal ha reiterado en las Sentencias que se han citado en el fundamento jurídico 2, que la fundación de carácter jurídico privado tiene su origen en un acto de la autonomía de la voluntad, y si bien la actuación de la administración pública en la vida de la misma es notoria e imprescindible, en ningún caso puede llevarnos a situar su entero régimen jurídico en la órbita del derecho público y específicamente del derecho administrativo. El derecho de fundación se regula inmediatamente después del derecho a la propiedad privada y del derecho a la herencia (art. 33 CE), ambas instituciones marcadamente de naturaleza jurídico privada. En síntesis, por lo tanto, cabe decir que el contexto constitucional en el que se inserta el derecho de fundación (art. 34 CE), refuerza uno de sus rasgos identificativos que es el de ser una manifestación de la autonomía de la voluntad del sujeto respecto del destino de sus bienes, a través de la constitución de un especial tipo de persona jurídica que garantice el cumplimiento de los fines deseados (STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 5)» (FJ 3). El hecho de que las fundaciones «[estén] sometidas, en algunos aspectos, a normas de Derecho público, [...] no las convierte en una institución de Derecho público» (FJ 3). En concreto: «La regulación de la fusión de las fundaciones [...] se inserta de lleno en el ámbito de la autonomía privada expresada por el fundador, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil» (FJ 3). La conclusión a partir de aquí es automática: Las normas son nulas por cuanto la Comunidad de La Rioja no tiene competencia alguna en materia civil que pueda oponerse a la competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE.

3) *Vulneración de los principios básicos de la normativa estatal.*—La sentencia podría detenerse aquí pero, *obiter dictum*, cree conveniente añadir que «La Rioja no sólo se ha limitado a reproducir las normas estatales sobre fundaciones, lo que en cualquier caso conduciría igualmente a declarar su inconstitucionalidad, pues habrían sido dictadas sin ostentar la necesaria competencia legislativa, sino que, confrontando las citadas normas estatales sobre la fusión de fundaciones con los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la Ley de fundaciones de La Rioja, se llega sin especial esfuerzo a la conclusión de que, además, éstas últimas vulneran los principios básicos sobre los que

*se asienta la normativa estatal» al exigir «fines análogos» para permitir la fusión y al prescindir de la voluntad del fundador cuando, mediante la fusión, se trata de evitar la liquidación (FJ4). De paso, la resolución aprovecha para insistir en que «las cuestiones relativas a la voluntad del fundador forman parte de la esencia del negocio jurídico fundacional y tienen naturaleza civil, por consiguiente, sólo podrán legislar sobre ellas aquellas Comunidades Autónomas que cuenten con una regulación civil propia en la concreta materia o en una institución civil conexas» (FJ 4).*

**STC 106/2013, 6 de mayo**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Ortega Álvarez.**

**Conceptos: Objeto del proceso civil: Pretensiones y alegaciones. Litispendencia, cosa juzgada y reconvencción. Preclusión. Inexistencia de obligación de reconvenir. Derecho a la tutela judicial en su vertiente de acceso a la justicia.**

**Preceptos de referencia: Artículos 222, 400 y 406 LEC y artículo 24.1 CE.**

La venta de participaciones en una sociedad dio lugar a dos procedimientos judiciales entre las mismas partes. En el primero, los vendedores demandaban un relevo de garantías, a lo que los demandados se allanaron parcialmente (reconocieron sus obligaciones contractuales en cuanto al relevo de garantías, pero negaron cualquier obligación relativa a tener que cancelarlas a su costa). En este primer proceso se dictó Auto de suspensión por existir una cuestión prejudicial civil, debida al segundo de los procesos aludidos. En este, los demandantes eran los compradores y los demandados los vendedores. Con su demanda, en este segundo proceso, los compradores pretendían «*que se declarase la existencia de una contingencia en la valoración de las existencias de la sociedad objeto de la compraventa; se denunciaba asimismo la existencia de deudas no manifestadas por los vendedores; además solicitaba la declaración de la nulidad del contrato y, alternativamente, su resolución por incumplimiento; se reclamaba una indemnización así como que se declarase que las contingencias y deudas ocultas estuvieran sometidas a la función de garantía prevista en el contrato de compraventa*». En suma, dos pleitos cruzados, referidos al mismo contrato y con las posiciones procesales invertidas.

El origen del recurso de amparo está en el Auto de sobreseimiento recaído en el segundo proceso, al entender el juez que «*concurrían las excepciones procesales de litispendencia y cosa juzgada con respecto al primer procedimiento instado por los demandados*» (Antecedente 2). Lo interesante del caso es la motivación. De acuerdo con ella: «*[los demandados] deberían haber accionado mediante la vía de excepción o reconvencción en el primer proceso, solicitando [en él] lo que pretendían conseguir mediante la iniciación de un procedimiento distinto*» (Antecedente 2).

El recurso de apelación contra el Auto de sobreseimiento fue desestimado por la Audiencia Provincial con una argumentación centrada en los artículos 222 (*cosa juzgada material*) y, sobre todo, 400 (*preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos*) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De acuerdo con este último:

«1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.»

El precepto transcrito es de una enorme importancia práctica. Sin embargo, resulta polémico, habiendo dado lugar a lecturas diferentes, si no opuestas. Para algunos, la idea de fondo es simple: Se trata de evitar la multiplicidad de procesos. Todo lo que sea susceptible de discutirse en un mismo pleito, debe serlo. Desde la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), las guerras se libran en una sola batalla y en ella hay que emplear todo el armamento. No cabe reservárselo para otro momento. A favor de esta lectura simple y radical parecería jugar lo que se dice en la Exposición de Motivos de la LEC (apartado VIII), al tratar del objeto del proceso civil: «*Se parte aquí de dos criterios inspiradores: por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo.*» Hay, sin embargo, otra lectura probablemente más acorde con la norma. Según ella, no se trata de obligar a la parte demandada a que formule todas las pretensiones que quepan sino a alegar todos los hechos y fundamentos posibles en relación con aquellas pretensiones que ha decidido formular. Las alegaciones fácticas y jurídicas, no las pretensiones, son el armamento que hay que llevar a la batalla sin posibilidad de hacerlo más tarde.

El interés del caso radica en que la Audiencia Provincial de Cáceres desestimó el recurso de apelación contra el Auto de sobreseimiento con una argumentación claramente alineada con la primera de las lecturas apuntadas. Vale la pena transcribir lo esencial de la misma, tal como se recoge en el Antecedente 2 de la sentencia del Tribunal Constitucional:

«*No cabe duda de que los compradores, cuando contestaron a la demanda en el anterior procedimiento ... tenían pleno conocimiento de todos los hechos que ahora alegan en el presente procedimiento, que ya existían en aquellas fechas, pues pretenden, nada menos, que la nulidad o resolución de la totalidad del contrato de compraventa, con los efectos jurídicos accesorios a dichos pronunciamientos.* Asimismo, entendía el órgano judicial que «poniendo en relación los artículos 400.2 y 222.2 LEC lo que se pretende evitar con dichos preceptos es evitar lo que aquí ha ocurrido entre las

*partes, es decir; que pudiendo cuestionarse en un solo proceso –el primero seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Cáceres– todas las discrepancias o cuestiones existentes respecto de un determinado negocio jurídico, en este caso un único contrato de compraventa, se inicia una serie de procedimientos en los que cada uno de ellos tan solo contempla una parte o un aspecto del mismo contrato de compraventa, cuando era perfectamente posible resolver todas las discrepancias en uno solo, de haber actuado la parte compradora en el primer procedimiento, alegando todas las excepciones materiales y procesales, la compensación y la nulidad del contrato, e incluso haber formulado reconvencción, para las demás pretensiones, como es la resolución contractual, pues, insistentemente, a la fecha de contestar la primera demanda tenía pleno conocimiento de los hechos que fundamentan la segunda ... la máxima según la cual la cosa juzgada cubre lo deducido y lo deducible ha sido admitida sin discusión, y ahora se ve consagrada en la Ley en los preceptos citados, y ello para evitar la multiplicidad de procesos cuando sería posible, más racional y más justo, tanto para la Sociedad como para los sujetos pasivos de los juicios, resolver un litigio en un solo proceso.»*

El recurso de amparo de los demandantes en el segundo pleito (y demandados en el primero) denunciaba la vulneración del derecho a la tutela judicial (art. 24 .1 CE, en su vertiente de acceso a la justicia), al considerar que *«la interpretación que los órganos judiciales han realizado del artículo 400 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), es rigorista y desproporcionada puesto que deja imprejuzgadas pretensiones que no fueron plantadas en el primer pleito»* (Antecedente 3). Los demandados en el segundo pleito (actores en el primero) se opusieron al amparo, argumentando que *«tales cuestiones quedaron resueltas en sentido negativo cuando la parte recurrente dejó precluir la posibilidad de plantearlas cuando se allanó parcialmente y no reconvino al contestar a la demanda en el primer proceso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Cáceres, y todo ello en virtud del juego de los artículos 400, 405 y 406 LEC»* (Antecedente 6).

Dejando a un lado los óbices procesales –que se rechazan– la sentencia se centra en la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia. En tal infracción habrían incurrido los órganos judiciales, según los recurrentes, al haber entendido que las pretensiones ejercitadas en el segundo proceso *«eran, en aplicación del artículo 400.2 LEC, “hechos y fundamentos jurídicos” que hubieran debido ser planteados en su contestación a la demanda en el primer proceso (cuyo objeto era la relevación de determinadas garantías vinculadas al contrato)»* (FJ 5).

Planteadas la cuestión en estos términos, la sentencia distingue entre *«lo que se pide»* y *«las razones en las que se basa la petición»*. El artículo 400 LEC establece la preclusión en cuanto a éstas. No en cuanto a aquellas. Uno pide lo que quiere pedir; aunque, eso sí, está obligado a exponer todos los hechos y fundamentos jurídicos de las pretensiones que ha decidido formular. Dice la sentencia: *«El artículo 400 LEC se refiere nítidamente a la carga que pesa sobre el demandante de alegar todos los “hechos, fundamentos y títulos jurídicos” en los que pueda basar “lo que se pida” en la demanda,*

*sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior»; añadiendo que «esta carga que el legislador ha impuesto al demandante, es aplicable, en virtud del artículo 406.4 LEC, también al demandado que ejercita la reconvencción» y , en el mismo sentido, que «el artículo 222.2 LEC, en cuyo tenor también basan los órganos judiciales su decisión de sobreseimiento, dispone que la cosa juzgada alcanza a las pretensiones ejercitadas en la demanda y en la reconvencción» (FJ 5).*

Sin embargo, en el caso objeto de amparo, *«los órganos judiciales, han aplicado ambos preceptos al demandado que, allanándose a la demanda, no optó por reconvenir»*. No corresponde al Tribunal Constitucional establecer la interpretación de las normas procesales, pero sí censurarla cuando conduce a la vulneración del derecho a la tutela judicial. Así ha sucedido en el caso resuelto puesto que los órganos judiciales *«realizando una lectura más allá del tenor literal de los artículos antes citados, han impedido al demandante de amparo la obtención de una resolución de fondo sobre sus pretensiones, al considerar que en el primer pleito no debió allanarse sino plantear las oportunas excepciones materiales o, en su caso, debería haber ejercitado la reconvencción y en ella, en aplicación de lo establecido en el artículo 400 LEC, haber planteado todas acciones relativas al negocio jurídico que había celebrado con el demandante»* (FJ 5). *«Tal interpretación [...] contraviene el carácter voluntario que la ley procesal otorga al ejercicio de la reconvencción. No podemos olvidar que nuestra legislación procesal al regular la reconvencción en el artículo 406 LEC, dispone que el demandado “podrá” por medio de reconvencción formular las pretensiones que crea le competen respecto del demandante; es decir, la decisión de reconvenir o de no hacerlo se regula como un derecho, no como un deber»* (FJ 5). *«En definitiva sin perjuicio de la evidente relación entre los dos procesos judiciales, lo cierto es que las pretensiones que se ejercitaron en el segundo pleito quedaron imprejuzgadas, por lo que, reiterando lo afirmado en la STC 71/2010, de 18 de octubre [para un caso muy similar] lo cierto es “los artículos 222.2 y 400.2 LEC se refieren a hechos y alegaciones que pudieron ser aducidos en un procedimiento anterior, pero no a la formulación de pretensiones que permanezcan imprejuzgadas y respecto de las cuales no hubiese prescrito o caducado la acción procesal”»* (FJ 5).

**STC 122/2013, 20 de mayo**

**RA: Estimado.**

**Ponente: González Rivas.**

**Conceptos: Ejecución hipotecaria. Notificación por edictos e indefensión tras la reforma de la LEC por la Ley 13/2009. Interpretación «secundum constitutionem».**

**Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE. Artículo 686.3 LEC (Ley 13/2009, de 3 de noviembre).**

La sentencia resuelve y acoge la petición de amparo contra un Auto que desestimó la petición de nulidad de actuaciones en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que los ejecutados habían sido directamente emplazados por edictos cuando de la documentación acompañada a la propia demanda podía inferirse cuál era su domicilio real. La cuestión no es nueva y sobre ella se había pronunciado ya la STC 245/2006, según la cual *«una vez*

*que surjan dudas razonables de que el domicilio señalado en la escritura del préstamo hipotecario y que figura en el Registro sea el domicilio real del ejecutado, le es exigible (al órgano jurisdiccional) que intente, en cumplimiento del deber de diligencia que en orden a la realización de los actos de comunicación procesal le impone el artículo 24.1 CE, el emplazamiento personal del ejecutado en el domicilio que figure en las actuaciones, distinto del que consta en la escritura de préstamo hipotecario y en el Registro» (FJ 2 STC 245/2006).*

Con posterioridad, sin embargo, se añadió un nuevo número 3 al artículo 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 13/2009, de 3 de noviembre). De acuerdo con él: *«Intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista en el artículo 164 de esta ley»*. Esta novedad determina la *«especial trascendencia constitucional»* del recurso y hace necesario que el Tribunal Constitucional *«se pronuncie sobre el nuevo marco normativo de la ejecución hipotecaria»*, sobre el cual no ha sentado aún doctrina [STC 155/2009, FJ 2,a)], teniendo en cuenta que *«el tenor literal del precepto aplicado por el órgano jurisdiccional (art. 686.3 LEC) presenta un riesgo de conflicto con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, según la interpretación uniforme de este Tribunal en materia de actos de comunicación y acceso al proceso»* (FJ 2).

La doctrina del Tribunal configura la notificación edictal como claramente subsidiaria respecto de la personal, de tal modo que sólo cabrá recurrir a ella en *«los supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero»* y en el bien entendido de que *«cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos»* (FJ 3, con amplia cita de resoluciones anteriores). *«Sobre esta doctrina, [añade la sentencia] no puede interferir la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que añade un nuevo apartado 3 al artículo 686 LEC, habida cuenta que todos los preceptos relativos a la notificación del despacho de la ejecución y del requerimiento de pago han de ser interpretados en coherencia con la jurisprudencia de este Tribunal»* (FJ 4).

Procede, por tanto, *«realizar una interpretación secundum constitutionem del artículo 686.3 LEC, integrando su contenido, de forma sistemática, con el artículo 553 LEC, precepto rector de la llamada al proceso de ejecución hipotecaria, y con la doctrina de este Tribunal en cuanto a la subsidiariedad de la comunicación edictal, la cual tiene su fuente directa en el derecho de acceso al proceso del artículo 24.1 CE, de manera que la comunicación edictal en el procedimiento de ejecución hipotecaria sólo puede utilizarse cuando se hayan agotado los medios de averiguación del domicilio del deudor o ejecutado»* (FJ 5).

Dado que, en el caso de autos, el juzgado no desplegó la diligencia que le era exigible y procedió a la notificación por edictos cuando en los autos había información suficiente para intentar al menos la notificación personal, procede estimar el amparo y decretar la nulidad del Auto impugnado, con la consiguiente retroacción de las actuaciones.

**STC 127/2013, 3 de junio**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Ortega Álvarez.**

**Conceptos: Tutela judicial y motivación de las sentencias. Protección de la familia. Protección integral de los hijos. Custodia y visitas. Derechos de los niños y tratados internacionales. «Reglas de Pekín» y omisión en la sentencia de los nombres de los implicados. Jurisdicción nacional y «foro de necesidad».**

**Preceptos de referencia: Artículos 24 y 39.1,2 y 4 CE. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 20/11/1989. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores («Reglas de Pekín»); Resolución de la Asamblea General 40/33, de 29 de noviembre de 1985). Artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y libertades fundamentales. Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos civiles de la Sustracción internacional de menores. Reglamento del Consejo de la UE 2201/2003, de 27 de noviembre, sobre Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y Responsabilidad parental.**

El caso que dio origen a la sentencia es singular. Su trasfondo es la disputa de una pareja por la custodia de su hija de tres años, con la que la madre, española, se había trasladado a España, mientras el padre, de diferente nacionalidad, permanecía en Bélgica, lugar de residencia de la pareja antes de la separación. La lucha, dura y agotadora, se llevó a cabo en paralelo ante los tribunales de los dos países y se resolvió en términos razonables gracias al sentido común del que dieron muestra, primero, el Tribunal de Apelación de Bruselas y, luego, la Audiencia Provincial de La Coruña. Se trata, visto el resultado, de un caso claro de cooperación judicial *de facto* basada en la confianza mutua de ambos tribunales. Su criterio no se vio afectado por la decisión del Tribunal Constitucional que desestimaría la petición de amparo del padre contra la sentencia de la Audiencia de La Coruña.

El padre quería que la cuestión se dirimiera ante los tribunales belgas en tanto que la madre optó por los españoles. Entre ambos se cruzó lo que el Tribunal Constitucional, sin exagerar un ápice, describe como «un piélagos» de acciones, tanto civiles como penales. En sustancia el padre pretendía que se aplicara la excepción prevista en el artículo 10 del Reglamento UE 2201/2003, sobre Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, conforme al cual, en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, la competencia corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor residía habitualmente antes del traslado o retención. En otro caso, se aplica la regla general, según la cual la competencia corresponde a los tribunales del lugar de residencia del menor (art. 8 Reglamento 2201/2003). Con esta base, el padre inició acciones en Bélgica y obtuvo resoluciones favorables en primera instancia. La madre, por su parte, hizo otro tanto ante los juzgados de La Coruña, logrando la custodia de la hija y la fijación de un régimen de visitas bastante restrictivo para el padre. Importa destacar que, en uno de los procedimientos seguidos en España, se desestimó la solicitud de restitución de la menor «*al concluir el órgano judicial que no era un supues-*

to de sustracción internacional en los términos del Convenio [de La Haya de 1980, de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores]». Esta resolución no fue recurrida por el padre y devino firme.

Como queda dicho, antes de que el asunto llegara al Tribunal de Apelación de Bruselas, tanto el padre como la madre contaban con decisiones favorables a sus respectivas pretensiones dictadas por los órganos judiciales nacionales. Había no obstante una novedad de hecho: La madre había vuelto a contraer matrimonio y tenía otro hijo, siendo éste el contexto familiar en el que convivía la menor en disputa. Como hizo el padre con la decisión del Juzgado de Primera Instancia de la Coruña, también la madre recurrió la del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas. La sentencia del Tribunal de Apelación belga, previa a la de la Audiencia de La Coruña, es de un sentido común digno de resaltarse. He aquí el resumen que hace el Tribunal Constitucional: *«Esta Sentencia confirma la decisión del primer juez de declararse competente para conocer del asunto, de conformidad con el artículo 11 del Reglamento 2201/2003, pero desestima las pretensiones del recurrente en amparo [es decir, del padre], relativas a la guarda y custodia de L. [la menor] y la vuelta de ésta a Bélgica. En este sentido, el Tribunal de apelación parte de que el criterio determinante para pronunciarse sobre la guarda y custodia es el interés de la menor; prescindiendo, dice expresamente, de consideraciones sobre el conflicto entre los padres y los divergentes puntos de vista de los órganos belgas y españoles sobre el retorno de la menor. [...] Así, toma en consideración que la madre se ha vuelto a casar y tiene otro hijo, familia en la que vive la menor; que en estas circunstancias es ilusorio esperar que la madre se traslade a Bruselas. Pondera entonces la posibilidad de que la menor se trasladara sola a Bruselas, lo que descarta pues “no parece corresponder al interés de la niña“, que tiene 3 años y perdería la presencia de la madre, “el principal progenitor de referencia”, con la que siempre ha vivido, sin que el padre haya vivido nunca permanentemente con ella. Por el contrario, en España vive en una familia, con un hermano, lo que parece más propicio para su desarrollo social que una familia monoparental; en suma: “separar a [L.] del entorno maternal en el que vive ahora desde hace un año y medio, para encontrarse confiada, en otro país, a un padre con quien no vivió nunca, sin posibilidad de ver a su madre en otros momentos que durante los fines de semana y las vacaciones, implica un riesgo serio de grave traumatismo de la niña”. [...] El Tribunal de Apelación belga también valora que, aunque sostiene que el desplazamiento de la menor fue ilícito, “no se puede sin embargo sancionar el comportamiento reprehensible de la Sra. [B.B.] en detrimento del interés de la niña” y descarta que sólo si la niña vive con el padre se puedan asegurar los derechos del otro progenitor: “Se puede suponer que la actitud poco constructiva de la Sra. [B.B.] se puede vincular con la escalada del conflicto entre las partes y con la multiplicación de los procedimientos judiciales tanto en España como en Bélgica, y que fue dictada en gran parte por su temor a ver al Sr. [G.] llevarse a la niña con él a Bélgica, a falta de marco donde ejercer el derecho de visita. Se puede razonablemente esperar que la atribución por la presente decisión de la guarda y custodia de la pequeña [L.] a la Sra. [B.B.] permitirá aliviar el conflicto, y que la Sra. [B.B.] —o en su defecto, los órganos judiciales españoles, en adelante competentes— tendrán a bien restaurar vínculos normales entre L. y su padre y de asignar a*

*este último un derecho de visita respetuoso con su lugar y su papel de padre*". Concluye la Sentencia: "Por lo demás, el tribunal considera que actualmente los órganos jurisdiccionales españoles son los más indicados para pronunciarse sobre el derecho de visita del Sr. [G.], en aplicación del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis"» [Antecedente 2, e) de la sentencia reseñada]).

Resumiendo: la sentencia belga, justamente preocupada por el interés superior de la menor, creyó oportuno no alterar el *status quo* en materia de custodia, sin perjuicio de lanzar un mensaje a los jueces españoles para intentar fortalecer la relación padre-hija con un régimen de vistas generoso. Pues bien, el mensaje fue lealmente acogido por la Audiencia de La Coruña (sec. 5, de 25 de febrero de 2011; en la STC consta el 25 de enero, fecha de la deliberación). Sin perjuicio de su recomendable lectura directa, en síntesis, la Audiencia vino a confirmar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y la atribución de la guarda y custodia de la menor a la madre. Pero modificó el régimen de visitas para acoger íntegramente la pretensión del padre recurrente, incluso en lo relativo a la forma de abono de los gastos extraordinarios.

Esta es la argumentación esencial en lo que atañe a las visitas (FD 5.º SAP La Coruña): «[...] *La pretensión deducida por el padre apelante dirigida a la ampliación del régimen de visitas establecido entre el recurrente y su hija menor de edad, debe ser atendida, teniendo en cuenta el principio ya mencionado, elevado a rango constitucional (art. 39 CE) del "favor filii". El reducido régimen de visitas establecido entre el padre y la hija menor, no se fundamenta en causa alguna; y si bien es cierto la importancia de la función del maternaje [sic] en los primeros años de vida para el adecuado desarrollo psicológico de la menor, no es menos cierto que también juega un papel importante en dicho desarrollo la figura paterna, por lo que si se establece un régimen de visitas tan restrictivo como el que señala la sentencia apelada, sobre todo teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el presente asunto –la hija menor reside en Coruña con su madre quien se ha casado y tiene otro hijo, y el padre vive en Bruselas –el padre se convertiría en un simple "visitador", lo que no se puede permitir, pues si bien es posible e incluso lógico y natural que el esposo de la madre de Sandra –que tienen un hijo en común– asuma el rol de padre al formar entre todos un grupo familiar, ello no puede significar –y precisamente con más motivo debe establecerse un régimen de visitas amplio– que la menor Sandra no conozca quien es su padre y que el padre no pueda disfrutar de la compañía de su hija, cuando es él quien tendrá que realizar y pagar los viajes desde Bruselas a Coruña para ver a su hija. A ello debemos añadir que también hay que tener en cuenta que la imposibilidad de que el Sr. Abilio pueda ver a su hija con más frecuencia, incluso durante la semana, viene producido por la decisión de la madre de trasladarse desde Bruselas a Coruña, decisión que aunque sea comprensible –sobre todo después de casarse en esta ciudad y tener otro hijo– no era obligatoria y, por lo tanto no puede traducirse en una limitación, mayor del que supone ya de por sí la larga distancia, del derecho de visitas del padre no custodio. Por los motivos expuestos se acuerda conceder al Sr. Abilio el régimen de visitas que ha solicitado, que hemos recogido en el fundamento de derecho primero, apartado II 3.º A. [...] II.–La recogida y entrega de la hija menor Sandra, sin perjuicio de cualquier acuerdo en otro sentido al que lleguen las partes, se producirá en*

*el domicilio en que vive la menor, al no existir ninguna razón para que ello se produzca en el Punto de Encuentro. [...] III.—Con el fin de favorecer la mayor relación entre padre e hija, procede aceptar la solicitud del Sr. Abilio de que podrá comunicarse con su hija por escrito, teléfono móvil, correo electrónico, siempre que se respete el horario escolar, de estudio y de descanso de la menor. Por ello se establece la obligación de Doña Juana de instalar los aparatos electrónicos necesarios para que d. Abilio pueda hablar y ver a su hijo a través del ordenador. De no acordarse así, el Sr. Abilio, ante la imposibilidad de ver a su hija con más frecuencia dada la lejanía de los domicilios de ambos, se acabaría convirtiendo, para su hija, si no en un extraño, cuando menos en alguien a quien hay que ver y estar con él más que por “cariño”, por obligación.»*

Con todo, el padre interpuso recurso de amparo alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial, en su vertiente de derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE). También denunciaba la infracción de los apartados 1, 2 y 4 del artículo 39 CE (protección de la familia, protección integral de los hijos y derecho de los niños a gozar de la protección prevista en los tratados internacionales).

La sentencia del Tribunal Constitucional, tras desechar algunas causas de inadmisibilidad alegadas, centra la cuestión en el artículo 24.1 CE, dado que los otros derechos invocados no son susceptibles de la vía de amparo. Cabe destacar los siguientes puntos.

1) *La sentencia de la Audiencia satisface el derecho a una sentencia motivada y fundada en Derecho.—«No se aprecia la vulneración del derecho fundamental que se denuncia por cuanto la Sentencia de la Audiencia Provincial contiene los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y una fundamentación en Derecho, sin que se aprecie vicio de arbitrariedad, motivación irrazonable o error patente» (FJ 4).*

2) *Nada hay que reprochar en cuanto al criterio del «foro de necesidad» aplicado.—«La Sentencia fundamenta la competencia del tribunal español en la necesidad, lo que conecta con el concepto de foro de necesidad, conocido en Derecho, que vincula con el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE) y con los derechos de la menor y del padre. El criterio de necesidad sustenta la competencia al objeto de garantizar el acceso a la jurisdicción de la pretensión procesal de establecimiento de un régimen de relaciones paterno-filiales, evitando un resultado constitucionalmente inadmisibles, esto es, que dicha pretensión quede sin una resolución sobre el fondo; lo cual es un hecho cierto en lo atinente al derecho de visitas, sin que su extensión a la guarda y custodia pueda considerarse irrazonable cuando garantiza que el régimen de relaciones paterno-filiales que se adopte sea completo, sin hacerlo depender de la suerte que pueda seguir la eficacia en España de la Sentencia belga» (FJ 5).* Hay que tener en cuenta —y así lo subraya la Audiencia— que los tribunales belgas no se habían pronunciado sobre el régimen de visitas, cosa que hacía imprescindible que lo hicieran los españoles: *«Al no pronunciarse los tribunales belgas sobre el derecho de visita del Sr. Abilio con su hija Sandra, de aceptarse la pretensión de declarar la nulidad de la sentencia de instancia, nos encontraríamos con que ningún tribunal, ni español, ni belga, regularía dicho régimen de visitas, con lo*

que se conculcarían al mismo tiempo tanto el derecho del padre a mantener relaciones con su hija menor, como los de ésta de crecer conociendo y conviviendo con su padre, a pesar de los problemas que se plantean con la distancia geográfica en que se encuentran el uno del otro» (FD 2.º-II SAP La Coruña).

3) *Razonabilidad del criterio de la Audiencia.*—Aunque no fuera necesario, el Tribunal Constitucional quiere dejar claro que comparte la forma en que la Audiencia Provincial ha valorado el interés superior de la menor. A este respecto señala que «abunda en favor de la adecuación constitucional de la motivación y fundamentación en Derecho controvertida un análisis de la misma en términos de razonabilidad de los resultados desde la perspectiva del interés superior del menor [...] el caso de autos ha desembocado en una situación patológica, escapada de todas las prevenciones legales, en perjuicio de la menor cuyo interés demanda un régimen de relaciones paternofiliales estable, [...] eficaz tanto en España como en Bélgica [...]. En orden a procurar este objetivo es significativo que la resolución de la Audiencia sobre la guarda y custodia incorpore materialmente la motivación de la Sentencia de apelación belga, haciéndola nuestra. [...] La razonabilidad del resultado se aprecia no sólo desde la óptica del interés superior del menor sino de los derechos del padre ahora recurrente [...]. De esta suerte, la resolución judicial controvertida, en los términos en que se fundamenta, coadyuva a la garantía y ejercicio de los derechos del recurrente y entronca con el artículo 39 CE y con el derecho al respeto a la vida privada y familiar previsto en el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Además, no puede ignorarse que, en cuanto al fondo, el Tribunal español reproduce la motivación y reitera el fallo de la decisión belga sobre la guarda y custodia y acoge íntegramente el régimen de visitas solicitado por el recurrente, de lo que resulta que ha obtenido la solución más favorable posible, a la luz del interés del menor en la actualidad, siendo legal y constitucionalmente inviable, como parece reclamarse, una motivación y fundamentación en Derecho de la competencia judicial internacional en materia de relaciones paternofiliales ajena a este criterio» (FJ 6).

4) *Omisión de los nombres de los litigantes y aplicación extensiva de las «Reglas de Pekín».*—En otro orden de cosas, es de reseñar que la sentencia del Tribunal Constitucional omite en esta ocasión el nombre de los litigantes. No es su criterio habitual, contra lo que sucede con las sentencias de los tribunales ordinarios, en los que todos los nombres son sistemáticamente sustituidos por otros ficticios, incluso cuando no se trata de las partes del litigio. La excepción que hace, en este y otros casos, el Tribunal Constitucional obedece a la aplicación extensiva de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing; resolución 40/33 de la Asamblea General, de 28 de/11/1985)*, en las que se prevén medidas para preservar la intimidad y el anonimato de los menores (cfr. regla 8.ª). Las *Reglas de Beijing* se han aplicado y citado de forma expresa en otras ocasiones, al menos desde la ya lejana STC 36/1991. Obviamente, el caso de la resolución reseñada nada tiene que ver con la «justicia de menores» a las que se refieren las repetidas reglas. Pero nada impide aplicar ese criterio para proteger así la intimidad del menor.

**STC 133/2013, 5 de junio**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Sala Sánchez.**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial y motivación de las resoluciones.**

**Conflicto entre los Tribunales Supremo y Constitucional. Declaración de responsabilidad de los magistrados del Constitucional por negligencia cometida al no haber motivado una resolución y consiguiente condena a indemnizar el daño moral. Imposibilidad de control jurisdiccional de las resoluciones del Tribunal Constitucional.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE. Artículos 49, 50.2 (reformado por LO 6/1988) y 50.3 (reformado por LO 6/2007) de la LOTC.**

La sentencia pone fin a un largo proceso para el que no es fácil encontrar adjetivos compatibles con la dignidad de las instituciones involucradas. Esperpéntico sería quizá un término adecuado. Con todo, dada la notoriedad del caso, la tarea de adjetivar puede dejarse al lector. El sainete comenzó cuando un licenciado en Derecho, el Sr. Mazón, indignado por el hecho de que algunas plazas de Letrado del Tribunal Constitucional se cubrieran mediante libre designación o designación temporal, pidió que se sacaran todas a concurso-oposición. Ante la inactividad del Constitucional, el Sr. Mazón acudió a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para pedir que se condenara a aquél a convocar de forma libre todas las plazas de Letrado. El intento se saldó con un fracaso pues la normativa aplicable no exigía que «todas» las plazas se cubrieran así (STS, 3.ª, 24/6/2002). Ante esta resolución, el Sr. Mazón acudió de nuevo al Constitucional. Su escrito iba dirigido «*Al Tribunal Constitucional. Sustituido por formación que garantice un examen imparcial*» y en él formulaba las siguientes pretensiones: «1. La abstención de todos los magistrados del Tribunal por tener interés directo, subsidiariamente, su recusación. 2. La solicitud de una medida legislativa al Presidente del Gobierno para que solicite el [sic] Parlamento la aprobación de un proyecto de ley que garantice el derecho constitucional a un examen imparcial del presente recurso de amparo. 3. Por la formación que prevea la medida legislativa y respete el derecho al juez imparcial, la estimación del presente amparo con declaración de nulidad de la sentencia impugnada y estimación del contenido de la demanda.». En suma, el Sr. Mazón quería que se pusieran en marcha los órganos del Estado para dar satisfacción a su pretensión de que todas las plazas de Letrado del Tribunal Constitucional salieran a concurso; y, de paso, que se renovara el propio Tribunal. Como es lógico, no quería que el recurso de amparo lo decidieran los mismos Magistrados que ya habían desestimado su inicial petición. De ahí el encabezamiento de su escrito.

El 18 de julio de 2002, el tribunal despachó el asunto mediante la siguiente providencia: «*El Pleno, en su reunión del día de hoy y a propuesta de la Sala Segunda, visto el escrito de 10 de julio de 2002 presentado por don José Luis Mazón Costa, acuerda por unanimidad la inadmisión del mismo, por cuanto el recurso no se dirige a este Tribunal Constitucional, sino a otro hipotético que le sustituya. En su consecuencia, procédase al archivo de las presentes actuaciones*». Realmente no era una respuesta muy afortunada. Lo que puede sonar «ingenioso» en una conversación informal debe medirse antes de convertirlo en argumento de una resolución; sobre todo si ese argumento resulta ser el único. Estaba claro que, cualquiera que fuese su preten-

sión y por mucho que careciera de fundamento, el Sr. Mazón se había dirigido al Tribunal Constitucional. Por fortuna, el recurso del Sr. Mazón contra la anterior providencia dio ocasión a precisar un poco más y una nueva providencia del Tribunal, de 17 de septiembre de 2002, pudo explicar que la pretensión de amparo no sólo se había inadmitido por ir dirigida a «un tribunal hipotético» sino también porque «carecía de la claridad y precisión que el artículo 49 LOTC exige».

Ello no impidió, sin embargo, que el Sr. Mazón siguiera insistiendo. En esta ocasión, en un movimiento inédito, acudió a la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo para exigir, mediante una acción por responsabilidad extracontractual, que los magistrados del Tribunal Constitucional –once, pues el decimosegundo no había intervenido por enfermedad– fueran condenados por «*dolo civil o, subsidiariamente, por culpa grave, imponiéndoles solidariamente la obligación de indemnizar al demandante con la suma de once mil euros*». Además, el recurrente pedía que el TS notificase la sentencia al titular de la iniciativa legislativa «*para que se arbitre procedimiento de ejecución del mandato legal de destitución de magistrados a que se refiere el artículo 23.2 LOTC, ante la improbabilidad de que sean los demandados quienes ejecuten su propia destitución*». Prescindiendo de esta última y absurda petición, que fue rechazada, el Tribunal Supremo estimó en lo esencial la demanda, aunque reduciendo el montante de la indemnización a cargo de cada magistrado a la suma de 500 euros (STS, 1.<sup>a</sup>, 23/1/2004, corregida por Auto de 27/1/2004). Hay que dejar constancia, no obstante, de que hubo un voto particular discrepante, del magistrado Marín Castán, favorable a la desestimación de la demanda y a cuyo contenido no cabe sino remitir.

Para el Tribunal Supremo no había duda alguna de que podía exigirse responsabilidad civil a los magistrados del Constitucional; y precisamente –aquí está el *quid* de la cuestión– por culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones. La valoración de la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad extracontractual iba precedida de la siguiente reflexión o, si se prefiere, proclama: «*Siguiendo moderna doctrina constitucionalista alemana perfectamente incardinable en el derecho español, partir de la base de que la responsabilidad, término eminentemente filosófico y enclavado en la teoría de la ética, se ha convertido, como no podía ser menos, en un concepto jurídico sobre el que, entre otras cosas, la ley civil debe exigir claras pruebas para determinar si de una acción u omisión de una persona surge una obligación cuyas consecuencias le afectarán en un sentido resarcitorio. [//] Todo lo cual hay que unirlo al axioma de que una sociedad libre reclama, probablemente más que ninguna otra, que los seres humanos guíen sus acciones por un sentido de responsabilidad en relación con unos deberes que normalmente vienen delimitados por la ley civil. [//] En conclusión, libertad y responsabilidad civil deben ser en esta contienda judicial inseparables, y se debe absolutamente disentir del dogma medieval “The king can do no wrong”*» (FJ 2, STS).

El recurso directo al artículo 1902 CC se justificaba «*por la sencilla razón de que dicha responsabilidad extracontractual o aquiliana tiene que ser aplicable de una manera directa a los Magistrados del Tribunal Constitucional, ya que en su regulación orgánica no se han introducido singularidades o especialidades derivadas del ejercicio de su función como máximo intérprete de la Constitución*» (FJ 3, STS). A partir de aquí, la sentencia es contundente en sus valoraciones. «*Se ha de afirmar sin lugar a dudas*» que los magistrados del Constitucional «*tuvieron una conducta absolutamente*

*antijurídica*» porque, con sus resoluciones, «*se negaron lisa y llanamente a entrar a resolver una petición de amparo so pretexto de que iba dirigida a un hipotético tribunal, lo que implica un “non liquet” totalmente inadmisibile*» (FJ 4, STS). La ocurrenste astucia –por llamarla de alguna manera– del Tribunal Constitucional (*el Sr. Mazón no se dirige a nosotros, por tanto podemos ignorarlo*) funcionó como un cebo irresistible para un órgano que, se diría, esperaba la ocasión; acaso escocido por algunas resoluciones del Tribunal Constitucional que habían anulado, e incluso *sustituido*, sentencias del Tribunal Supremo.

Cuesta no pensar en el «Caso Preysler», suscitado cuando la Sra. Isabel Preysler acudió a los tribunales a raíz de algunas indiscreciones de poca monta de una empleada de hogar. Tras las sucesivas instancias, el Tribunal Supremo negó la existencia de daños a la intimidad de la Sra. Preysler. Ésta, sin embargo, recurrió en amparo con éxito (STC 115/2000, de 5 de mayo) y ello obligó al Tribunal Supremo a dictar una segunda resolución, admitiendo esta vez la lesión de la intimidad (STS, 1.ª, 20/7/2000). Pero lo hizo reduciendo los 10 millones de pesetas (60.000 €) de indemnización que había concedido la Audiencia a tan sólo 25.000 ptas. (150 €). La Sra. Preysler acudió otra vez al Tribunal Constitucional y de nuevo con éxito (STC 186/2001, de 17 de septiembre). En breve, venía a decir, conceder una indemnización meramente «simbólica» de 25.000 ptas. era tanto como no restituir a la agraviada su derecho a la intimidad. El Constitucional puso énfasis en el derecho «*a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes*», así como en «*la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho*» (FJ 6, STC 186/2001).

Pero el rapapolvo no se detenía aquí. La sentencia del Tribunal Supremo, dijo el Constitucional, «*no satisface las exigencias de motivación derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en la medida en que versan sobre la reparación de un derecho fundamental vulnerado, cual es el derecho a la intimidad. En efecto, el Tribunal Supremo procedió a revisar la cuantía de la indemnización fijada por la Audiencia Provincial desatendiendo datos determinantes del alcance de las lesiones, omitiendo los hechos acreditados en el procedimiento en los que quedó probada la difusión de la revista “Lecturas” en las semanas en que se publicó el reportaje enjuiciado, y desconociendo criterios legales que el juzgador debe tener en cuenta para valorar el daño moral producido por la intromisión ilegítima declarada (art. 9.3 Ley Orgánica 1/1982), especialmente el referente a las circunstancias del caso y el relativo a la difusión o audiencia del medio a través del cual aquélla se haya producido. Tal incumplimiento adquiere relieve constitucional por cuanto la insuficiencia de la motivación de la fijación de la cuantía de la indemnización implica una ausencia de los elementos y razones de juicio que permiten conocer los criterios de la decisión judicial, puesto que el razonamiento del Tribunal Supremo no constituye una motivación adecuada o satisfactoria de la decisión adoptada (por todas, STC 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4), y por ello, en la medida en que puedan considerarse lesión autónoma respecto del derecho a la intimidad, podría suponer una vulneración del derecho de la recurrente a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada y fundada en Derecho*» (FJ 6, STC 186/2001). En suma, que al Constitu-

cional la cantidad de 25.000 ptas. le parecía una indemnización «*insuficiente para reparar el derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente*» (FJ 7 STC 186/2000).

Esta conclusión podría haber devuelto de nuevo el caso al Supremo. Pero el Constitucional decidió romper el posible bucle y dejar zanjado el asunto, añadiendo así sal a la herida. Con el argumento de que el restablecimiento del derecho a la intimidad de la Sra. Preysler ya no podía esperar más, el Constitucional expresó su falta de confianza en el Supremo, haciendo suyo el asunto: «*El otorgamiento del amparo comporta la declaración de nulidad de la Sentencia impugnada [art. 55.1 a) LOTC]. Pero el restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho fundamental [art. 55.1 c) LOTC] exige, dadas las particulares circunstancias del supuesto enjuiciado en este caso, que nuestro fallo no se limite a declarar tal nulidad y a acordar la devolución de las actuaciones para que sobre ellas se produzca un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo, puesto que, de una parte, estamos ante un vicio in iudicando y, de otra, a diferencia de lo acaecido en ocasiones precedentes, habiéndose ya pronunciado por dos veces al respecto el órgano judicial frente a cuyo último pronunciamiento se nos demanda amparo, el pleno restablecimiento del derecho a la intimidad personal y familiar exige aquí, en función de las concretas características del caso, excluir dicha devolución con el objeto de que la reparación procedente no se dilate en términos inadmisibles*» (FJ 9 STC 186/2000).

A la vista del «Caso Preysler», se hace más fácil entender algunas cosas del «Caso Mazón». De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo, los magistrados del Constitucional demandados habrían rechazado la petición de amparo del Sr. Mazón «*no porque no se comprendiera dentro de los casos y formas establecidos por la ley –artículo 161-1-b) de la Constitución Española–, sino porque, según el proveído, iba dirigido a un hipotético tribunal y no al Tribunal Constitucional, lo que es absolutamente incierto, pues iba dirigido a ese Tribunal, cuyos miembros son ahora demandados por tal causa; sin que se pronunciaran en modo alguno sobre la petición primera, su posible abstención, sobre todo cuando el tema planteado en el amparo se refería a una cuestión que habían resuelto gubernativamente los miembros del Tribunal Constitucional demandados*» (FJ 4, STS). ¡Falta de motivación! ¿Qué peor pecado podrían cometer los magistrados de un órgano que se ha aplicado a dar lecciones al respecto? Ninguno. A ojos del Supremo, se trata de una negligencia intolerable: «*Al no dar respuesta lógica a la pretensión de amparo, los Magistrados demandados han actuado con una negligencia profesional grave, que supone, para el caso concreto, una ignorancia inexcusable, ya que la ilicitud o antijuridicidad tiene como base la violación de unas normas absolutamente imperativas. En conclusión, que nos encontramos ante una conducta judicial absolutamente rechazable, desde un punto de vista profesional*» (FD 4, STS). Magnánimamente, sin embargo, el Supremo rechazó la acusación de dolo. También hubo magnanimidad en el montante de la indemnización por daño moral (pues de eso se trataba), que quedó en unos modestos 500 € por cabeza (5500 € en total).

A los pocos días, el 3 de febrero de 2004, el Pleno del Tribunal Constitucional adoptó por unanimidad un Acuerdo para expresar su disconformidad con la sentencia del Supremo. No es fácil encontrarlo –si es que está– en la página web del Constitucional, pero se puede consultar en algunos lugares de

la red<sup>1</sup>. Tras dar sus razones, el Tribunal acordó: «*Primero. Declarar que las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo no pueden ser enjuiciadas por ningún órgano del Poder Judicial dado que sólo a este Tribunal corresponde, conforme a la Constitución y a su Ley Orgánica, resolver tales recursos. [//] Segundo. Asimismo declarar que el enjuiciamiento de las resoluciones recaídas en recursos de amparo, realizado por vía de la acción de responsabilidad civil, constituye una invasión de la jurisdicción, exclusiva y excluyente, atribuida a este Tribunal Constitucional por la Constitución.*»

Hasta aquí los cuatro primeros actos de la comedia, que podemos resumir del siguiente modo: Se abre el telón con una pretensión quijotesca basada en un igualitarismo de tertulia televisiva y expuesta en términos adecuados al medio (*hay que poner fin a esta vergüenza*); sigue con unos magistrados ofendidos que deciden castigar la osadía con el desprecio (y *este quién se ha creído qué es*); luego vienen otros magistrados que parecen haber hallado la anhelada ocasión para devolver viejas ofensas (*ahora te vas a enterar o, si se prefiere, arrieros somos*); más tarde, los primeros magistrados, los condenados, entran de nuevo en escena para rasgarse las vestiduras y expresar su reprobación por la osadía (*esto no quedará así*). Toda una síntesis de los *principios generales* a los que responden a veces algunos comportamientos, luego envueltos, eso sí, en una aparatosa *escenografía jurídica* inasequible no ya al ciudadano medio sino incluso al cultivado. Es inaudito lo que, en España, puede llegar provocar la pretensión disparatada de un Sr. Mazón cualquiera; aunque, por cierto, no fuesen las instituciones sino él quien a la postre saliera mejor parado pues, a fin de cuentas, se trataba de un simple ciudadano que, bien o mal, usó los recursos que el ordenamiento ponía a su disposición, sin que nadie tuviera por qué esperar de él nada especial.

Una explicación del caso, más jurídica y seguramente más acertada, puede verse en el artículo de Pablo Salvador Coderch y otros, ya citado, en el que el conflicto entre tribunales se justifica, simplemente, por un diseño institucional defectuoso. Más allá de las razones –y las hay– que asisten a los dos grupos de magistrados, el problema estaría en que no tenemos un Tribunal Supremo sino dos o, al menos, una zona de intersección entre Supremo y Constitucional que provoca resultados indeseables de forma inevitable. Al publicarse ese artículo, sin embargo, aún no estaba concluida la comedia y, por tanto, sólo cabía pronunciarse sobre su anuncio: «*Al parecer, los 11 Magistrados del Tribunal Constitucional condenados por el Tribunal Supremo han presentado ante su propio Tribunal un recurso de amparo que, dicho sea con todos los respetos, es a un tiempo delirio de la razón jurídica y daño al contribuyente, quien a la postre habrá de cargar con los costes del desastre*».

El recurso de amparo, como es obvio, se presentó y el último acto lo ha escrito y protagonizado el propio Constitucional, en línea con lo que ya había expresado el Acuerdo del Pleno de 3 de febrero de 2004. Los once magistrados condenados por el Supremo habían presentado su recurso el 23 de febrero de 2004. Pero la resolución se hizo esperar... porque fue necesario que se

<sup>1</sup> Por ejemplo: <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/tac.html> y [http://www20.gencat.cat/docs/Departament\\_de\\_la\\_Presidencia/GJ/Document/Arxiu/122-13583.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/Departament_de_la_Presidencia/GJ/Document/Arxiu/122-13583.pdf). Asimismo hay un enlace en un recomendable artículo de Pablo Salvador Coderch, Sonia Ramos González y Álvaro Luna Yerga: «*Diseño institucional defectuoso Comentario a la STS, 1.ª, 23.I.2004*», Indret, abril 2004 ([http://www.indret.com/pdf/216\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/216_es.pdf))

produjera una de las cosas que el Sr. Mazón exigía –la renovación del Tribunal Constitucional– para así evitar las causas de abstención o recusación. Cumplido este trámite pudo al fin dictarse la sentencia reseñada que espereamos cierre de una vez este desafortunado asunto. En síntesis, los puntos clave son los siguientes:

1) *No concurren motivos de inadmisión del recurso de amparo.*—En particular, dice la sentencia, los magistrados llamados a resolver no están contaminados por el Acuerdo de 3 de febrero de 2004, ni su imparcialidad comprometida por el hecho de que los recurrentes ostentaran su misma condición en el momento de plantear el amparo. Se han adoptado todas las cautelas para evitarlo, aun a costa de una espera de diez años: «*En todo caso, para despejar cualquier duda respecto de la eventual influencia que sobre la garantía de imparcialidad pudiera tener la circunstancia de que el recurso se hubiera resuelto con quórum suficiente pero estando todavía en el cumplimiento de su función de Magistrados algunos de los recurrentes se ha considerado más adecuado esperar a la total renovación de los Magistrados, a pesar de la demora que ello ha supuesto en la resolución de este recurso, y que, tal como se pone de manifiesto en los antecedentes, ha sido mayor de la que cabía prever por la inicial actitud procesal de la parte comparecida y los retrasos en el cumplimiento del deber constitucional de renovación del Tribunal por el Senado y el Congreso de los Diputados en los plazos constitucionalmente establecidos*» (FJ 2).

2) *Los magistrados del Tribunal Constitucional no son inmunes a las acciones por responsabilidad civil, aunque ésta no podrá deducirse del enjuiciamiento de sus resoluciones.*—«*No es objetable, desde la perspectiva constitucional, la argumentación dirigida a concluir que no cabe apreciar una ausencia de responsabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional y que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo tiene jurisdicción para conocer de la eventual responsabilidad civil en que pudieran aquéllos incurrir, habida cuenta de que dicha argumentación se justifica en el hecho de que la aludida irresponsabilidad no resulta necesaria para el ejercicio independiente de la jurisdicción constitucional [...]. Además, la posible existencia de la declaración de responsabilidad civil por dolo como causa de cese de los Magistrados del Tribunal Constitucional incluso está prevista en la propia Ley reguladora del Tribunal (art. 23.1.7 LOTC); y la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo para conocer de las demandas al respecto se encuentra establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 56.2 LOPJ)*» (FJ 6). Ahora bien, añade la sentencia: «*Todo ello sin perjuicio de que haya de afirmarse, también como conclusión, que la eventual responsabilidad civil en que pudieran incurrir los Magistrados del Tribunal Constitucional en ningún caso podrá deducirse del enjuiciamiento de las resoluciones jurisdiccionales que el mismo dicte*» (FJ 8).

3) *La corrección de las resoluciones del Tribunal Constitucional no puede ser enjuiciada por ningún órgano judicial.*—Así lo proclama hoy expresamente el artículo 4.2 de la LOTC, reformado mediante LO 6/2007: «*Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado*». Pero, como explica la sentencia, así debía entenderse ya de acuerdo con la normativa anterior: «*Esta normativa pone de manifiesto no sólo la irrecurribilidad de las decisiones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional por ningún otro órgano del Estado sino la imposibilidad misma de que sea objeto de enjuiciamiento la corrección jurídica de la interpretación que realice de la Constitución o de su Ley Orgá-*

nica en sus resoluciones jurisdiccionales. Aspecto, este último, que si bien ha venido a ser recogido expresamente en la nueva redacción dada al artículo 4.2 LOTC por la Ley Orgánica 6/2007, ya estaba implícito en la regulación vigente en el momento en que se dictó la resolución ahora impugnada en amparo». (FJ 6).

4) *La inadmisión del amparo pedido por el Sr. Mazón sí fue motivada.*—El principio resumido en el anterior apartado 3) bastaría para anular la sentencia del Supremo: «*La conclusión judicial de que cabía sustanciar un procedimiento de responsabilidad civil individual contra cada uno de los Magistrados del Tribunal Constitucional basado en una supuesta incorrección jurídica de la interpretación de concretos preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional [...] no resulta compatible con la interdicción constitucional, ex artículo 24.1 CE, de incurrir en una argumentación irrazonable. En consecuencia, sin necesidad de entrar en la alegación referida a la inviolabilidad del artículo 22 LOTC, las resoluciones impugnadas deben ser anuladas*» (FJ 6). Pero, como cabe suponer, el Tribunal Constitucional no podía cerrar así su sentencia. Era necesario lavar la mancha con la que se había afeado la actuación del órgano. Por ello, la sentencia se aplica a explicar que, en realidad y contra lo sostenido por el Supremo, la inadmisión del recurso de amparo del Sr. Mazón estuvo perfectamente motivada. Para ello recurre a la «pequeña» diferencia existente entre sus providencias de 18 de julio y 17 de septiembre de 2002: «*Ciertamente, la contestación aportada en la primera providencia de 18 de julio de 2002 quedaba limitada a señalar como causa de inadmisión que “el recurso no se dirige a este Tribunal Constitucional, sino a otro hipotético que le sustituya”. No obstante, tal como se reconoce incluso en el fundamento de derecho primero de la resolución impugnada, calificándolo como dato absolutamente constatado, en la providencia de 17 de septiembre de 2002 también se señalaba, además de la claridad de que la supuesta demanda no estaba dirigida a ese Tribunal, que, en cualquier caso, “carecía de la claridad y precisión que el artículo 49 LOTC exige como requisitos esenciales de las demandas de amparo”*» (FJ8). De la simple lectura de la providencia de 17 de septiembre de 2002 resulta por tanto «*de manera incontrovertible [...] que la razón para concluir la inadmisión del recurso no fue sólo la eventual indeterminación del órgano al que iba dirigido sino también que no se cumplía con las exigencias derivadas de la redacción entonces vigente del artículo 49 LOTC*» (FJ 8). Llegados a este punto, la faena está casi hecha. Ya sólo falta explicar qué —más— hizo mal el Tribunal Supremo.

5) *La sentencia de la sala civil del Tribunal Supremo violó el derecho a la tutela judicial efectiva de los magistrados demandados, incurriendo en un defecto de motivación.*—Es la puntilla. El Tribunal Supremo, al decidir, pasó por alto que la providencia del Constitucional de 17 de septiembre de 2002 había inadmitido el amparo por no cumplirse con las exigencias del artículo 49 LOTC: «*Este error fáctico cumple también con todos los requisitos para ser considerado un error con relevancia constitucional, toda vez que no es imputable a la negligencia de los recurrentes sino exclusivamente atribuible al órgano judicial y, además, ha sido determinante de la decisión adoptada*» (FJ8). Es más, las cosas no habrían cambiado aunque el Constitucional se hubiera limitado al ocurrente argumento de que el Sr. Mazón no se había dirigido al Tribunal Constitucional sino a «un tribunal hipotético». «*Todavía cabe apreciar un segundo defecto constitucional de motivación en la resolución impugnada, ya que no cabe afirmar, como se hace en ella, que*

la respuesta contenida en la providencia de inadmisión de que el recurso de amparo no se dirigía a este Tribunal Constitucional, sino a otro hipotético que le sustituya, no supuso la aplicación razonada de una causa legal de inadmisión del recurso de amparo.» (FJ 8). En este sentido, «la normativa entonces vigente sobre la admisibilidad del recurso de amparo establecía expresamente en el artículo 50.1 a) LOTC que también cabía apreciar la inadmisión por providencia de un recurso de amparo cuando concurriera en la misma el caso al que se refiere el artículo 4.2 LOTC. Dicho precepto, en la redacción originaria de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, tras la contundente afirmación del artículo 4.1 LOTC de que “[e]n ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional”, lo que establecía era que “[e]l Tribunal Constitucional apreciará, de oficio o a instancia de parte, su falta de jurisdicción o competencia”» (FJ 8). En suma, si el Constitucional lo dijo y fue mediante providencia, nada cabe añadir ni objetar. En cualquier caso «más allá de las discrepancias que pudieran establecerse sobre si el escrito del entonces recurrente en amparo estaba o no dirigido al Tribunal Constitucional, con la conformación subjetiva que entonces tenía, o a un hipotético tribunal, por la forma en que se pretendía dotarlo de una nueva conformación subjetiva a través de un procedimiento que claramente quedaba al margen de la competencias constitucional y legalmente atribuidas al Tribunal Constitucional, la afirmación contenida en la resolución impugnada de que la respuesta aportada no implicaba la aplicación de una causa legal de inadmisión del recurso de amparo es una decisión no fundada en derecho a la vista del artículo 50.1 c), en relación con el artículo 4.2 LOTC, en la redacción entonces vigente. Ello es determinante de que también por este motivo se concluya que la resolución judicial impugnada vulneró el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el pronunciamiento relativo a que habían incurrido en responsabilidad civil por incumplimiento de su deber de resolver» (FJ 8).

**STC 140/2013, 8 de julio**

**RA: Inadmitido.**

**Ponente: González Rivas.**

**Conceptos: Intimidación. «Especial trascendencia constitucional» del amparo como requisito autónomo del recurso.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.1, 49.1 y 50.1,a) LOTC.**

La LO 6/2007, de 24 de mayo, modificó la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Entre otros objetivos se pretendía reducir la carga de trabajo y, con ello, aumentar la eficiencia del Tribunal. Una de las medidas adoptadas consistió en restringir el acceso al amparo. Desde entonces ya no basta con alegar la violación de un derecho fundamental. También se exige acreditar la «especial trascendencia constitucional del recurso». De no hacerse, el recurso será inadmitido. Es útil releer la Exposición de Motivos de la ley:

*«El elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal Consti-*

tucional. El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente previsto para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución. Y así, entre las modificaciones que se introducen en relación con el amparo se pueden destacar el cambio en la configuración del trámite de admisión del recurso, la habilitación a las Secciones para su resolución y la reforma del trámite de cuestión interna de constitucionalidad prevista en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

La primera de estas novedades es la que afecta a la configuración del trámite de admisión del recurso de amparo. Y es que frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado. Esta modificación sin duda agilizará el procedimiento al transformar el examen de admisión actual en la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso.»

La sentencia reseñada aplica la doctrina sentada por el Tribunal tras la reforma de la LOTC del año 2007 a un caso en el que el recurrente, un recluso, pretendía obtener amparo contra sendos Autos judiciales que habían denegado su queja contra el registro de su celda sin aviso previo, sin su presencia y sin que le fuera entregada acta del resultado. Alegaba vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Pero el Tribunal inadmitió el recurso sin entrar en el fondo por entender que en la demanda no se había justificado la especial trascendencia constitucional del recurso.

1) *El cumplimiento de este requisito puede verificarse incluso tras la admisión del recurso a trámite.*—«En este punto, procede subrayar que pese a que la demanda de amparo haya sido anteriormente admitida a trámite, hemos señalado con reiteración que nada obsta para que este Tribunal pueda abordar de nuevo o reconsiderar, incluso de oficio, el análisis de los presupuestos de viabilidad del amparo en fase de Sentencia» (FJ 2)

2) «Argumentar la vulneración del derecho» no es lo mismo que «justificar la especial trascendencia constitucional» del recurso.—Es reiterada la doctrina constitucional a este respecto. La sentencia insiste en ella: «Por consiguiente, la demanda de amparo, en lo que aquí interesa, ha de contener dos líneas argumentales nítidamente diferenciadas: la relativa a la lesión del derecho fundamental cuyo amparo se pretende, y la atinente a la trascendencia constitucional del recurso tendente a su preservación y restablecimiento.

*Ambas son indispensables, de tal forma que la exposición acerca de la apariencia de la vulneración del derecho fundamental no puede suplir la carencia de un razonamiento explícito sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo (ATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1 y SSTC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 178/2012, de octubre, FJ 3 y 2/2013, de 14 de enero, FJ 3)» [FJ 4,a)].*

3) *«Alegar» no es «justificar»: En qué consiste el requisito.—«Al demandante le es reclamable un razonable esfuerzo argumental que enlace las infracciones constitucionales denunciadas con alguno de los elementos que expresa el artículo 50.1 b) LOTC, sin que, obvio es, sea suficiente con la sola mención —desprovista de los imprescindibles fundamentos— de que el recurso posee especial trascendencia constitucional. Por el contrario, es necesario que de lo expuesto se desprenda “por qué el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” que se aleguen en la demanda (por todas, SSTC 69/2011, FJ 3; 143/2011, FJ 2; 191/2011, FJ 3; 176/2012, FJ 3 y 2/2013, FJ 3)» [FJ 4,c)].*

4) *El momento del recurso en relación con la reforma.—El Tribunal Constitucional, consciente de que la novedad era de calado, decidió atemperar el rigor en la valoración del requisito. Pero sólo para los recursos previos a la STC 155/2009, de 25 de junio, publicada el 28 de julio de 2009: «Este Tribunal ha apreciado el momento de interposición de la demanda de amparo en relación con dicha fecha, para atenuar el rigor del análisis del cumplimiento del requisito de justificar la especial trascendencia constitucional —sin, obviamente, eliminarlo o desvirtuarlo— en las demandas interpuestas con anterioridad a la misma [...]. En cambio, el transcurso del tiempo, y la correlativa existencia de una doctrina constitucional consolidada sobre la cuestión, hará decaer la pertinencia de atemperar la valoración del cumplimiento de aquella carga justificativa» [FJ 4,d)].*

La aplicación de la doctrina expuesta conduce a la inadmisión. En el caso objeto de la reseña, el recurso contenía un epígrafe sobre «relevancia constitucional» y «especial trascendencia constitucional». Pero, bajo esa rúbrica, se limitaba «a dar cuenta de la supuesta lesión padecida, señalando literalmente que «no es conforme a nuestro derecho, ni al derecho internacional vigente en España, que el hecho de estar presente o no estar presente el Sr. interno en el registro de la celda, se considere, se justifique, o se estime, por el resultado final del registro; y no por la causa o motivo inicial al mismo, esto es, antes de iniciarse el registro» [...] Esta afirmación no se acompaña de la existencia de una argumentación tendente a motivar la especial trascendencia constitucional que permite una decisión sobre el fondo del recurso en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales cuya vulneración se denuncia y no se realiza, en fin, siquiera un mínimo esfuerzo por encuadrar el asunto en alguno de los casos que se especificaron en el [FJ 2 de la STC 155/2009]» (FJ 5). Por lo demás, dado que el recurso, de 28 de septiembre de 2011, es posterior en más de dos años a la repetida STC 155/2009, «resulta incuestionable que no es dable moderar el rigor exigible en la valoración del cumplimiento de un requisito insubsanable para la admisión del recurso de amparo» (FJ 5).

**STC 167/2013, 7 de octubre**

**RA: Estimado.**

**Ponente: González Rivas.**

**Conceptos: Orden de los apellidos. Derechos a la tutela judicial efectiva, a la igualdad y a la propia imagen. Apellidos y reclamación de paternidad extramatrimonial. Derecho al nombre y derecho a la imagen y a la vida privada. Derecho al nombre como derecho de la personalidad. Derechos e intereses de los progenitores y del hijo menor. Uso público por cierto tiempo del apellido materno. Apellidos y violencia de género.**

**Preceptos de referencia: Artículos 14, 18 y 24 CE. Artículos 113-2 del Código de Familia de Cataluña. Artículo 109 CC. Artículos 55, 58 y 59.3 LRC y Art 194 RRC.**

La sentencia aborda y resuelve el conflicto suscitado en torno a los apellidos de un menor tras el éxito de una demanda de reclamación de paternidad extramatrimonial. Desde su nacimiento y durante cierto tiempo, el niño llevó los dos apellidos de su madre. Cuando el niño tenía cuatro años, el padre interpuso acción civil reclamando su condición de tal. Conoció de ella un Juzgado de Violencia sobre la Mujer pues se había seguido un proceso penal previo por esta razón.

La sentencia estimó parcialmente la demanda y declaró la paternidad del actor. En cuanto a los apellidos, la madre pretendía que no se alterara el *status quo*. La sentencia, sin embargo, aplicó mecánicamente el criterio legal. La falta de acuerdo de los progenitores razonaba, *«implica, por aplicación de nuestra legalidad, que el primer apellido del menor debe ser el primero del padre y el segundo, el primero de la madre. En cuanto a la alegación de perjuicio para el menor, no puede estimarse conforme a la ley. Si partimos de que la filiación determina el orden de los apellidos; que este orden solo se puede modificar por acuerdo de los progenitores, de modo que si no existe tal acuerdo rige lo ordenado en la Ley, y que, en fin, es sólo el hijo, cuando alcanza la mayoría de edad el que puede solicitar que se altere el orden de los apellidos (art. 109 del Código Civil), debe mantenerse lo dicho, habiéndose pronunciado ya en ese sentido la jurisprudencia menor»*.

La decisión fue confirmada por la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 12, 21/12/2009) y la madre acudió al Tribunal Constitucional en demanda de amparo. Denunciaba la *«vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (arts. 14 CE) y el derecho a la propia imagen del menor (art. 18.1 CE)»* (Antecedente 3). El orden de los apellidos impuesto por la sentencia, añadía, no habría tenido en consideración *«ni la voluntad contraria de la madre, las circunstancias que han rodeado la vida de la menor desde su concepción, que el padre del menor fue condenado por un delito de maltrato en la persona de la madre, ni que se trata de un derecho personalísimo que va unido a la imagen o a la voz del menor y que el niño ya se identifica con él (art. 18.1 CE)»* (Antecedente 3). Es importante tener presente que, en todo momento, la madre, además de ejercer sus propios derechos, actuó también en nombre e interés de su hijo menor.

El Ministerio Fiscal solicitó también la estimación del amparo. El padre, en cambio, se opuso, alegando *«que la vigente normativa sobre el orden de los apellidos se adecúa a las recomendaciones internacionales, a los principios constitucionales y a la realidad social, no suponiendo atentado alguno contra el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución,*

*en tanto que, realizado correctamente el juicio de igualdad se aprecia que las normas aplicables no atribuyen resultados distintos según sea varón o mujer la persona respecto de la que deban determinarse los apellidos, o según sea la filiación materna o paterna la reconocida en último lugar» (FJ 1). Y añadía que el ordenamiento «aplica igual solución en todos los casos cuando los progenitores no han alcanzado un acuerdo sobre el orden de los apellidos. Tampoco puede encontrarse violación alguna del derecho a la propia imagen del menor pues no puede existir intromisión ilegítima por un órgano judicial que ha aplicado una norma imperativa y de orden público como lo es la que regula el derecho al nombre» (FJ 1)*

En definitiva la recurrente denunciaba un resultado derivado directamente de la ley. En concreto, de la aplicación de los artículos 113-2 del Código de familia catalán, 109 del Código civil y 55 de la Ley del Registro Civil en relación con el artículo 194 del Reglamento del Registro Civil; y, al propio tiempo, de la no aplicación del artículo 59.3 de la Ley del Registro Civil, que hubiera permitido al Juez encargado del Registro declarar el mantenimiento de los apellidos del menor («*El Juez de Primera Instancia puede autorizar, previo expediente: [...] 3.º La conservación por el hijo natural o sus descendientes de los apellidos que vinieron usando, siempre que insten el procedimiento dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del reconocimiento o, en su caso, a la mayoría de edad*»). De ello deriva la especial trascendencia constitucional del recurso puesto que, como destaca el Tribunal, «*por una parte, la vulneración se imputa a la ley o a otra disposición de carácter general [...]. Pero, además, hay que subrayar que en el objeto del amparo está comprometido el derecho fundamental a la propia imagen del menor del artículo 18.1 CE y que se da una generalizada interpretación de los tribunales ordinarios en el sentido de aplicar el orden de los apellidos para el caso de disenso en supuestos de determinación judicial de la paternidad respecto de menores que venían utilizando el primer apellido materno desde su nacimiento*» (FJ 3). La doctrina de la sentencia puede sintetizarse en cuatro puntos:

1) *El derecho al nombre es parte integrante del derecho a la imagen y a la vida privada.—«La inclusión del derecho al nombre dentro del conjunto de derechos de la persona y, más concretamente, en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE, ya se expresó en nuestra STC 117/1994, de 25 de abril, y en el mismo sentido ha venido siendo reconocido tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Más concretamente, en relación con los apellidos, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010 (C-208/09, Sayn-Wittgenstein, ap. 52) expresa que el apellido de una persona es un elemento constitutivo de su identidad y de su vida privada, cuya protección está consagrada por el artículo 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, así como por el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Aunque el artículo 8 de dicho Convenio no lo mencione expresamente, el apellido de una persona afecta a su vida privada y familiar al constituir un medio de identificación personal y un vínculo con una familia» (FJ 5). Esta doctrina, como es lógico, rige asimismo para los menores: «En relación a los menores de edad, los textos internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado español también reconocen el derecho al nombre como un derecho de la personalidad» (FJ 5).*

2) *La vigente normativa española en materia de apellidos es conforme con la Constitución.—Dado el planteamiento del recurso de amparo, quizá*

cabría haber pensado en una hipotética declaración de inconstitucionalidad de las normas que anteponen el apellido paterno al materno. Pero no es así. Según explica la sentencia: «Ninguna duda cabe que los artículos 109 del Código civil y 194 del Reglamento del Registro Civil cumplen con la exigencia de preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) en un aspecto tan personalísimo como lo es su derecho al nombre en cuanto asegura desde el momento mismo de su nacimiento que sea identificada por su filiación cuando está determinada y si en aquél momento no lo está desde el mismo instante en que quede declarada, trazando los criterios que deben regir la inscripción registral de los apellidos mientras el hijo no es plenamente capaz de obrar y deben ejercer esta facultad sus progenitores como titulares de la patria potestad. El primero de ellos es el mutuo acuerdo sobre el orden en el que deberán quedar inscritas ambas filiaciones, la paterna y la materna. El segundo es la inscripción de la filiación paterna y después la materna, como ha venido siendo usual en el ordenamiento jurídico civil. En todo caso, y dado que el titular de este derecho personalísimo es el hijo, puede invertir su orden una vez alcanzada la mayoría de edad en virtud de la sola declaración de voluntad y sin necesidad de esgrimir causa alguna» (FJ 6).

3) *No obstante, cuando la filiación paterna se determina de forma sobrevenida ha de valorarse de forma especial el interés del menor.*—Las normas sobre apellidos toman como referente el momento del nacimiento. Cuando la paternidad se determina judicialmente, «entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por Sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona» [FJ 7,b)]. El menor hacía ya tiempo que usaba, socialmente, el apellido materno. En el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. «En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y en este caso su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar» [FJ 7,c)]. No se trata de que la normativa española sea incorrecta. Pero las circunstancias del caso (que, no obstante, se darán con relativa frecuencia) exigían una solución diferente. Desde la perspectiva constitucional «debió ponderarse especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad, a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos, por lo que se concluye reconociendo la vulneración del contenido constitucional del artículo 18.1 CE, invocado por la parte recurrente como infringido» (FJ 7).

4) *Apellidos y violencia de género.*—Finalmente y aunque con lo anterior bastaría para estimar el amparo, la sentencia considera oportuno «[no] pasar por alto que el padre había sido condenado por Sentencia de fecha 30 de octubre de 2007 como autor de un delito de violencia en el ámbito familiar; interponiendo éste la demanda de paternidad en fecha 24 de enero de 2008» (FJ 8). Por tanto, prosigue la sentencia «la alegación de la demandante era atendible y debió ser valorada a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos, puesto que así lo ha previsto el legislador tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2004 [de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género] del artículo 58 de la Ley del Registro civil en la disposición adicional vigésima, donde se contempla la posibilidad de cambio de apellidos en caso de violencia de género por Orden del Ministerio de Justicia, lo que pone de manifiesto la relevancia de esta circunstancia a la hora de decidir sobre esta cuestión» (FJ 8).

Por todas estas razones, el Tribunal Constitucional estima el amparo, declara vulnerado el derecho a la imagen del menor y anula –cabe suponer que sólo en cuanto a los apellidos– las sentencias del Juzgado de Violencia y de la Audiencia Provincial.

**STC 176/2013, 21 de octubre**

**RA: Estimado.**

**Ponente: González-Trevijano Sánchez.**

**Conceptos: Derecho a la intimidad. Derecho la propia imagen. Divulgación de imágenes de ministro que revelan relaciones afectivas. Ponderación con la libertad de información. Interés público informativo constitucionalmente prevalente. Persona de notoriedad pública. Inviolabilidad del domicilio.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.1, 18.2 y 20.1 d) CE. Artículo 8 LO 1/1982.**

La vida amorosa del ex ministro y vicepresidente del Gobierno Francisco Álvarez-Cascos adquirió una presencia intensa en los medios de comunicación tras su segundo matrimonio. En particular, la cobertura mediática de su estancia vacacional en diciembre de 2003 en Lanzarote –que daba cuenta del inicio de una nueva relación sentimental tras ese matrimonio– fue amplia, detallada y ha dado lugar a distintos procedimientos judiciales de resultados de las acciones iniciadas por el político y la pareja que le acompañó en esa estancia.

En el presente caso, el programa de Telecinco «Crónicas Marcianas» difundió distintas imágenes –captadas por algunos *paparazzi* con teleobjetivo– en las que se veía al político con su nueva pareja y los hijos menores de cada uno de ellos en un hotel.

Las acciones por vulneración en los derechos a la intimidad y a la propia imagen del político y de su pareja fueron estimadas en la primera instancia y en la alzada. En la primera instancia, las personas responsables de la emisión del programa litigioso fueron condenadas a abonar solidariamente a los demandantes 600 euros. La Audiencia Provincial de Madrid elevó la indemnización a 18.000 euros para cada uno de los demandantes.

La Sala Primera del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación y declaró la prevalencia del derecho a la libertad de información. Sobre la base de una extensa y fundada argumentación, el Tribunal Supremo destacó *(i)* la gran proyección pública y política del político demandante y, en particular, su condición de ministro en el momento litigioso; *(ii)* que la otra demandante tenía carácter accesorio y la difusión de su imagen y de la información que le afectaba resulta necesaria; *(iii)* que los lugares donde fueron captadas la mayoría de las fotografías eran públicos (terrazza y playa de uso común en el hotel); y *(iv)* que con anterioridad el político había dado conocer al público su nueva relación personal.

El Tribunal Constitucional rechaza esta argumentación y conclusión: el derecho a la intimidad y a la propia imagen de los demandantes prevalece sobre la libertad de información, por las distintas razones que se resumen como sigue.

1) *Por su naturaleza privada, personal y familiar y por el modo en que fueron captadas las fotografías, su publicación no autorizada vulnera el derecho fundamental a la propia imagen.*—En el presente caso, es indiscutible que la cuestión controvertida residía exclusivamente en determinar si la

publicación de las imágenes e información litigiosas estaban amparadas por el derecho fundamental a la información y, por tanto, la afectación a los derechos fundamentales a la propia imagen y a la intimidad quedaba justificada por la prevalencia de ese límite del artículo 20.1 d) CE. Dicho de otro forma: es indiscutible que las imágenes e información formaban parte de la esfera personal privada (incluso íntima) y reservada de los demandantes, inequívocamente protegida por el artículo 18.1 CE; pero las circunstancias del caso –en esencia, la condición política de uno de los afectados y, en particular, su perfil conservador, su posicionamiento en determinados aspectos de política familiar y su contraste con su conducta personal– podían determinar la licitud de esa afectación a los derechos del artículo 18.1 CE y la prevalencia de la libertad de información.

No obstante, esta posible prevalencia se analiza inicialmente en la sentencia de forma entremezclada con la otra cuestión –indiscutible en este caso, como queda dicho– relativa a si las imágenes e información publicada en el programa litigioso quedaban comprendidas, respectivamente, en el ámbito objetivo de protección de los derechos fundamentales a la propia imagen y a la intimidad de los demandantes. Este planteamiento conlleva que la argumentación de la sentencia se exprese de forma algo circular y tautológica: En el caso, se dice en la sentencia, no puede prevalecer la libertad de información porque se infringen los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

Así sucede con el primer argumento que expone el Tribunal Constitucional para rebatir la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo: este, en su juicio de ponderación, no habría tenido en cuenta «*la naturaleza privada y el carácter personal y familiar de las fotografías ni su forma de obtención, mediante una operación ajena a la voluntad del actor y sin su consentimiento [...]*». Es evidente que este razonamiento sirve escasamente para dilucidar la existencia de un interés público informativo constitucionalmente relevante en el caso: Una información constitucionalmente protegida por el artículo 20.1 d) CE puede ser de naturaleza privada, carácter personal y familiar, haber sido captada con teleobjetivo por el *paparazzo* más perspicaz o malévolo y, desde luego, sin el consentimiento del afectado.

2) *La información publicada vulneró el derecho fundamental a la intimidad de los demandantes porque tenía por objeto «revelar sus relaciones afectivas».*—Otro tanto cabe de decir de este segundo razonamiento de la sentencia: El propósito de la publicación es innegable; pero, al mismo tiempo, carente de toda trascendencia para resolver la cuestión controvertida en el caso.

3) *Los argumentos erróneos del Tribunal Supremo. En concreto, la ausencia de interés público constitucionalmente prevalente.*—El Tribunal Constitucional rechaza expresamente los argumentos que llevaron al Tribunal Supremo a disponer la prevalencia del derecho a la información y, en particular, rechaza que (i) la pareja del político tuviera carácter accesorio; antes bien, el Tribunal Constitucional resalta que esta carecía de proyección pública y que, por tanto, la divulgación de su imagen carecía del mismo interés general de la del político; (ii) pese a la notoriedad pública del político, no toda información referida a él debe estar amparada por la libertad de información; especialmente, como en el caso, cuando esa información fue captada clandestinamente por *paparazzi*; esta última consideración excluye asimismo que el carácter público de alguna de las dependencias donde fueron captadas las imágenes pudiera determinar la prevalencia del derecho a la libertad de información.

Finalmente, la sentencia analiza la cuestión más relevante y la que en definitiva llevó al Tribunal Supremo a desestimar la demanda rectora del procedi-

miento en la jurisdicción ordinaria: la posible existencia de un interés público informativo constitucionalmente protegido en la información e imágenes litigiosas. A diferencia del Tribunal Supremo, la sentencia sostiene que esa información e imágenes –las «relaciones afectivas de los recurrentes»– «carece[n] en absoluto de cualquier trascendencia para la comunidad, porque no afecta al conjunto de los ciudadanos, ni a la vida política del país, al margen de la mera curiosidad generada por la propia cadena de televisión [...]» (FJ. 7).

Este argumento –muy discutible, a la vista de la razonada conclusión dispar de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la trayectoria política del recurrente y la necesidad pública de conocer datos de su vida privada– se acompaña a renglón seguido de otro mucho mejor orientado: El mensaje crítico que pretendía transmitir el programa (o la justificación de la información en su utilidad para conocer la «doble moral» del recurrente) podía transmitirse sin necesidad de publicar unas imágenes que, evidentemente, reproducían una escena familiar privada.

4) *Inexistencia de vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE).*—Como respuesta al argumento de la sentencia del Tribunal Supremo que consideró que algunas de la imágenes litigiosas habían sido captadas en lugares públicos (la terraza y la playa de un hotel), los recurrentes en amparo solicitaron al Tribunal Constitucional que realizara una interpretación extensiva de su doctrina relativa a la consideración de las habitaciones de hotel como domicilio a los efectos del artículo 18.2 CE, de manera que resultara de aplicación a las zonas comunes de un hotel (como aquella terraza y aquella piscina). Acertadamente, el Tribunal no solo resalta la escasa relevancia del argumento, sino también su manifiesta falta de fundamento: precisamente, el carácter de zona común impide que pueda tener la consideración de domicilio.

### **STC 177/2013, 21 de octubre**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Valdés Dal-Ré. Voto particular discrepante de González Rivas.**

**Conceptos: Derecho civil estatal y autonómico. ¿Selección de la norma aplicable o apreciación judicial indebida de la inconstitucionalidad?**

**Inaplicación de ley postconstitucional sin plantear cuestión de inconstitucionalidad.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24.1 y 2 CE.**

En el recurso de amparo se imputa a sendas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y del Supremo la violación de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haber incurrido en exceso de jurisdicción al rechazar la aplicación de una norma autonómica sin elevar cuestión de constitucionalidad.

El caso es semejante al resuelto por la STC 187/2012 y el Tribunal se limita prácticamente a reproducir la doctrina sentada en ésta. «*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, 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 y lo fundamentó en la aplicación de la cláusula de prevalencia del Derecho estatal ex artículo 149.3 CE, con un entendimiento de la misma que no resulta conforme con la doctrina constitucional, tal y como ha quedado expuesta. [...] Como es sabido, este Tribunal tiene declarado que los “órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, FJ 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia erga omnes, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular –como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución– y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España.” (SSTC 73/2000, FJ 4; 104/2000, FJ 8; 120/2000, FJ 3; 173/2002, FJ 9 y 66/2011, FJ 6).» (FJ 8 de la STC 187/2012, transcrito en el FJ 3 de la reseñada).*

Más allá de lo obvio (el Tribunal Constitucional monopoliza el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes), el problema de fondo del caso se entiende bien a la vista de los argumentos del voto discrepante: «No estamos ante un problema de prevalencia, sino de selección entre dos normas – estatal y autonómica– que regulan de forma distinta un mismo supuesto de hecho (eficacia de normas urbanísticas no publicadas) que corresponde realizar al órgano judicial como cuestión de legalidad ordinaria. Se trata de una operación, genuinamente jurisdiccional [...] A mi juicio, los órganos jurisdiccionales seleccionaron la norma estatal determinante de la nulidad del planeamiento [urbanístico] impugnado y no se trató, pues, de seleccionar una norma estatal desplazando la autonómica, como se sostiene en la Sentencia, sino que se aplicó la norma estatal realizando una auténtica interpretación integradora, ajustada a lo que dispone en el artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

**STC 186/2013, 4 de noviembre**

**RA: Estimado. Voto particular discrepante de los magistrados Valdés Dal-Ré y Asúa Batarrita.**

**Ponente: González Rivas.**

**Conceptos: Libertad de residencia de menor española y orden de expulsión de la madre extranjera, estando el padre, español, en prisión. Derecho a la intimidad. Diferente dimensión del «derecho a la vida familiar» y el «derecho fundamental a la intimidad personal y familiar». Deberes parentales.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18 y 19 CE. Artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.**

El caso, de gran interés, tiene su origen en la sanción administrativa de expulsión de una ciudadana argentina, tras hallarla sin la documentación para residir en España y comprobar que cumplía una pena privativa de libertad

superior a un año, como autora de una conducta dolosa. La afectada se opuso alegando arraigo en el país y que tenía una hija menor, de tres años y nacionalidad española, cuyo padre, asimismo español, estaba encarcelado. La resolución administrativa de expulsión fue confirmada por sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, contra la que la afectada interpuso recurso de amparo alegando violación de la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y de la libertad de residencia de la menor (art. 19 CE). No se imputó a la sentencia ninguna violación autónoma del derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE), por lo que éste quedó al margen del procedimiento ante el Tribunal Constitucional.

La argumentación de la recurrente era en esencia la siguiente: *«Si como consecuencia de la expulsión de la madre la niña viajara con su progenitora a Argentina, como es lo lógico, al no tener otra persona que ejerza la patria potestad y la guarda y custodia en territorio español, se estaría privando a hija y padre, ambos españoles de origen, del derecho de relacionarse entre sí, impidiendo el desarrollo del derecho de disfrutar de la intimidad familiar del artículo 18.1 de la Constitución, en la línea que lo viene interpretando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por otro lado, entendemos que la menor española vería vulnerado el derecho que le reconoce el artículo 19 CE puesto que al expulsar a su progenitora, estando el otro progenitor en prisión sin poder hacerse cargo de la menor, se la forzaría necesariamente a abandonar el territorio español. Ello es contrario al artículo 19 CE, puesto que de forma indirecta se fuerza a la niña a abandonar su propio país, sin dejarle elegir libremente su residencia»* (Antecedente 3). Tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal formularon oposición solicitando la inadmisión y, en su caso, desestimación del recurso.

La sentencia aborda ante todo la pretensión de inadmisión, que se rechaza. Considera el Tribunal que la recurrente, aun no siendo titular de los derechos denunciados, sí ostenta un interés legítimo cualificado pues, de un lado, fue parte en el proceso judicial que concluyó con la sentencia del TSJ de Andalucía y, por otro, si se otorgase el amparo, *«la Sentencia [...] produciría en su ámbito jurídico propio una ventaja en sentido jurídico»* (FJ 2). Resuelto lo anterior, los puntos a destacar son los siguientes:

1) *Una orden de expulsión puede afectar a libertad de residencia de los hijos menores de nacionalidad española, pero hay que valorar las circunstancias concretas de cada caso.*—Entrando en el fondo, la sentencia aborda en primer lugar el problema de la libertad de residencia (art. 19. CE). En principio dice, una resolución administrativa que acuerda la expulsión de la madre *«por mucha incidencia que pueda tener en la decisión de la hija menor española sobre su lugar de residencia, no entraña ninguna obligación jurídica de salir de España, en el sentido que no se impide a la ciudadana española optar entre mantener su residencia en España, separándose de la madre, o trasladarla a Argentina junto con su madre»* (FJ 4). Sin embargo, prosigue la sentencia, el análisis no puede detenerse aquí pues, tratándose de menores, hay que tener en cuenta dos cosas más. En primer lugar, la necesidad de conceder una especial tutela a sus intereses: *«En las decisiones de las autoridades administrativas en que puedan resultar concernidos los niños debe considerarse el interés de éstos de un modo principal»* (FJ 5). En segundo lugar, que los derechos no deben ser sólo teóricos sino reales y efectivos, a cuyo propósito, el Tribunal Constitucional trae a colación la doctrina de la STJUE de 8/3/2001, asunto C-34/09, en la que se consideró contraria al Derecho de la Unión Europea la negativa a conceder permiso de residencia a

un extranjero –nacional de un Estado tercero– cuyos hijos menores eran nacionales del Estado de la Unión concernido y en el que, además, residían.

De lo anterior, el Tribunal Constitucional extrae la siguiente conclusión inicial: *«Combinando estas dos notas procede afirmar que la menor de edad de nacionalidad española, aunque no se le imponga la obligación jurídica de salir del territorio nacional, verá lesionado su derecho fundamental a permanecer en España ex artículo 19 CE cuando en el caso concreto el superior interés de la menor pase necesariamente por acompañar a su progenitor expulsado a su país de destino, ya sea por no tener en España ningún otro elemento de arraigo, ya sea porque solo dicho progenitor pueda asumir su manutención. Argumentar, en estas circunstancias, que la menor de edad de nacionalidad española mantiene intacta la libertad de entrar y salir de España según su voluntad por el solo hecho de que no se le imponga la obligación jurídica de abandonar el territorio nacional sería tanto como convertir las libertades garantizadas en el artículo 19 CE en derechos meramente teóricos o ilusorios»* (FJ 5).

La anterior doctrina, sin embargo, debe contrastarse con las circunstancias del caso concreto. La madre no ostentaba la guarda exclusiva de la menor. Ésta tenía también un padre, español, el cumplimiento de cuya condena –por el mismo delito que la madre– estaba próximo (2014). Además la niña había convivido con sus abuelas paterna y materna mientras la madre estuvo en prisión, siendo ellas quienes de hecho asumieron su manutención. Por todo ello, aunque se ejecutara la decisión de expulsión de la madre, la menor *«seguirá teniendo importantes elementos de arraigo en España que hacen viable en la práctica que opte, en aras de la prevalencia de su propio interés, por permanecer en España, de modo que dicha expulsión no impedirá el disfrute efectivo de las libertades que como ciudadana española le reconoce el artículo 19 CE»* (FJ 5).

2) *El «derecho a la vida familiar» no forma parte del «derecho fundamental a la intimidad personal y familiar».*—La recurrente sostenía que la ejecución de la orden de expulsión dañaría el derecho de la menor a una vida familiar y, en consecuencia, su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar protegido por el artículo 18.1 CE. El Tribunal Constitucional, sin embargo, rechaza esta tesis con extensa invocación de su propia jurisprudencia relativa a la distinción entre «derecho a la intimidad personal y familiar» y «derecho a la vida familiar» (SSTC 236/2007, 231/1988, 197/1991, 60/2010 y otras asimismo citadas): *«Es jurisprudencia constitucional reiterada, a la que hemos de ajustarnos al resolver este recurso de amparo, que el “derecho a la vida familiar” derivado de los artículos 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex artículo 18.1 CE»* (FJ 7). Ello no significa que la «vida familiar» carezca de tutela. Pero ésta se logra por otros cauces, que excluyen la vía de amparo. El «derecho a la vida familiar», explica la sentencia: *«Se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE), cuya efectividad, como se desprende del artículo 53.2 CE, no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3 CE), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el artículo 57.2 LOEx [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España], verificando*

si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del artículo 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo» (FJ 7). La inexistencia de vía de amparo para proteger el «derecho a la vida familiar» determina la desestimación del recurso.

3) *Referencia al voto particular.*—El extenso voto particular es muy duro con la decisión, a la que no ahorra críticas. Discrepa de la sentencia prácticamente en todos los puntos: Desde la necesidad de analizar el derecho a la tutela judicial, hasta la forma en que se valoraron los derechos a la libre residencia y a la intimidad personal y vida familiar de la menor. Se reprocha a la sentencia haber incurrido en una denegación de justicia y una voluntad deliberada de «minimizar» la incidencia práctica de los efectos de la expulsión. A este efecto, la mayoría habría realizado una «adjetivación selectiva de los perjuicios [que] resulta caprichosa y reduccionista o estrecha de miras», llegando a un «auténtico despropósito» al sostener que la libertad de opción de la menor sigue existiendo. Los discrepantes entienden que la ejecución de la orden de expulsión sí afectará a los derechos fundamentales de la menor (libertad de residencia y derecho a la intimidad y vida familiar) y que, en consecuencia, el amparo debería haberse admitido. «No habiéndolo hecho así, se ha puesto una piedra más para una nueva condena contra el Estado español por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instancia ante la que la actora, indudablemente, recibirá la adecuada satisfacción a sus pretensiones que, de manera inexplicable, este Tribunal Constitucional no le ha otorgado».

**STC 190/2013, 18 de noviembre**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Ortega Álvarez.**

**Conceptos: Derecho a la intimidad personal y familiar. Libertad de información. Especulación sobre la identidad del padre de una persona de notoriedad pública.**

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

La directora de cine Pilar Miró (1940-1997) falleció sin revelar al público la identidad del padre de su hijo, Gonzalo Miró, a pesar del interés mediático que siempre despertó esta información. Aprovechando este interés, y acaso tras esperar que el hijo cumpliera la mayoría de edad, los programas de la cadena Telecinco «Aquí hay tomate» y «TNT» emitieron sendos reportajes, entrevistas y tertulias en los que se especuló ampliamente sobre la identidad del padre. Pese a que los programas se anunciaron bajo la alegación de que finalmente se revelaría el secreto tan celosamente ocultado por Pilar Miró, su contenido se limitó a la especulación, y simplemente se identificó implícitamente a un determinado periodista como la opción más verosímil.

Gonzalo Miró interpuso una demanda por vulneración en su derecho a la intimidad personal y familiar y, en nombre de su difunta madre, por vulneración del derecho a la intimidad de esta. Tras la desestimación de la demanda en la primera instancia, la Audiencia Provincial de Madrid apreció la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar del demandante y su madre y condenó a las personas responsables de los programas litigiosos a indemnizar a aquel por un importe de 300.000 euros.

La Sala Primera del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación de los medios. A su juicio, los programas televisivos no revelaron «*hechos de la vida privada del actor*», de manera que no se produjo intromisión en el ámbito de protección del derecho fundamental a la intimidad.

El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo del demandante, declara la vulneración del derecho fundamental a la intimidad, anula la sentencia del Tribunal Supremo y acuerda la retroacción de actuaciones para que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la indemnización derivada de la lesión al derecho a la intimidad del demandante (cuestión que también había sido recurrida inicialmente en casación). Como consecuencia de este pronunciamiento, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha dictado su sentencia de 5 de junio de 2014 (RJ 2014/3014), que reduce la indemnización concedida por la Audiencia Provincial y la fija en 200.000 euros.

A continuación se resume la argumentación seguida por el Tribunal Constitucional:

1) *Delimitación de los derechos fundamentales en juego: imposibilidad de pronunciarse sobre los derechos a la intimidad personal y familiar de Pilar Miró.*—El recurso de amparo se formuló por vulneración, tanto del derecho fundamental a la intimidad personal del demandante, como del mismo derecho que tendría su difunta madre. Como es lógico, el Tribunal advierte, con carácter preliminar, que no podrá pronunciarse sobre la vulneración de este último derecho, con arreglo a la doctrina fijada en la STC 231/1988 (*Paquirri*), que reproduce extensamente.

La sentencia, no obstante, no extrae de esta doctrina una conclusión más concreta (como sería, coherentemente, afirmar sin asomo de duda que el derecho a la intimidad de Pilar Miró se extinguió con su muerte).

En todo caso, el Tribunal deja claro que los dos derechos en juego en el caso son el derecho a la intimidad personal y el derecho a la intimidad familiar del demandante: el primero, le protegería respecto de la divulgación de la «*identidad de su padre*»; el segundo le protegería, entre otros, de la divulgación de «*aspectos íntimos de su madre fallecida*» (FJ. 2).

2) *La mera especulación o los rumores sobre la filiación del demandante afectaron a su derecho a la intimidad.*—Según la sentencia, la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo no es compatible con la doctrina constitucional sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la intimidad. El Tribunal Supremo, como ha quedado indicado, entendió que los programas de televisión no identificaron al padre del demandante, sino que se conjeturó «*sobre las posibles filiaciones paternas del actor, con base a una serie de datos conocidos en relación a [sic] la vida de su progenitora, siendo diversos los nombres propuestos y por tanto barajados como posibles, sin aseverar categóricamente nada al respecto*».

La jurisprudencia constitucional, no obstante, había señalado que «*a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar. El derecho a la intimidad puede verse afectado, no solamente por la afirmación concreta y veraz sobre la identidad del padre del recurrente, sino también por meras especulaciones o rumores su filiación*» (FJ. 5). Por tanto, «*[c]arece de relevancia que el dato sobre la paternidad del recurrente sea cierto o no [...]*».

De este modo, el Tribunal confirma una doctrina clara y singularmente útil para ser aplicada en otros casos: la publicación de una entrevista inventada —pese a no divulgar datos pertenecientes a la vida íntima o privada de una persona— infringe el derecho a la intimidad del afectado, salvo que esta publi-

cación quede amparada por un límite constitucionalmente relevante (p. ej., libertad de expresión o libertad de creación artística).

3) *La información sobre la filiación paterna de Gonzalo Miró carece del interés público necesario para quedar protegida por la libertad de información. La irrelevancia de la previa divulgación de esa información.*—A la vista de la consolidada jurisprudencia constitucional sobre el concepto de interés público informativo que queda protegido por el derecho constitucional a la libertad de información, la sentencia descarta contundentemente la existencia de este interés en el caso: *«la información sobre la filiación paterna del recurrente de amparo carece de interés público, sin perjuicio de que sean datos que puedan interesar a un mayor o menor número de espectadores y sin que la condición de personaje público del titular del derecho a la intimidad pueda alterar tal conclusión»*.

Sentada esta premisa algo contradictoria (el Tribunal no ignora que esa información interesaba a mucha gente, con independencia de que este interés responda a la necesidad de saciar una curiosidad prosaica y al puro entretenimiento), la sentencia se limita a sostener la prevalencia del derecho a la intimidad en este caso.

Mayor interés presenta la siguiente consideración que realiza la sentencia: ante la alegación de los recurridos en amparo de que la información litigiosa —la especulación sobre la identidad del padre del recurrente— había sido largamente abordada en el pasado por otros medios, que también habían barajado los mismos nombre y datos, la sentencia considera que ello no elimina la licitud de la intromisión en el derecho a la intimidad; o, por mejor decir, que esa previa difusión no determina que esos datos queden directamente protegidos por la libertad de información: *«[e]l hecho de que un dato íntimo, en un momento determinado, haya alcanzado notoriedad sin consentimiento de su titular —siempre que dicha publicidad no esté amparada por otro derecho fundamental— no implica que dicho dato deje de estar protegido por su derecho a la intimidad y quede, por tanto, carente de tutela jurídica ante una posterior publicación del mismo»* (FJ. 7).

**STC 197/2013, de 2 de diciembre**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Martínez-Vares García.**

**Conceptos: Notificación por edictos y tutela judicial efectiva. Desahucio por precario. Indefensión. Nulidad de actuaciones.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE.**

La sentencia se refiere, una vez más a la problemática de la notificación por edictos. En este caso, no en procedimiento de ejecución hipotecaria (vid. la reseña de la STC 79/2013), sino de desahucio por precario. El recurso de amparo se interpone contra dos resoluciones judiciales a las que los demandantes *«atribuyen la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en la medida en que, al serles notificada por edictos la demanda de juicio de desahucio por precario interpuesta frente a ellos, no tuvieron conocimiento del desarrollo del proceso y, por lo tanto, no fueron oídos en él»* (FJ 1).

1) *Doctrina constitucional sobre notificación por edictos y derecho a la tutela judicial: Deber de diligencia judicial.*—La sentencia resume en pri-

mer lugar su ya conocida doctrina sobre la notificación por edictos. «*Recae sobre el órgano judicial no sólo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación, sino también el de asegurarse de que dichos actos sirvan a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso. En concreto, para la validez constitucional de la notificación edictal hemos exigido que se hayan agotado previamente por el órgano judicial las modalidades de notificación más aptas para asegurar la recepción de la misma por su destinatario –la notificación personal–, admitiendo el empleo de los edictos sólo en los casos en que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero. [...] El órgano judicial “ha de extremar las gestiones en la averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales a su alcance, de manera que el acuerdo o resolución judicial que lleve a tener a la parte en un proceso como persona en ignorado paradero debe fundarse en criterios de razonabilidad que conduzcan a la certeza, o cuando menos a una convicción razonable, de la inutilidad de los medios normales de citación” (por todas, STC 61/2010, de 18 de octubre, FJ 2 y las que en ella se citan)*» (FJ. 2)

2) *Valoración de las concretas circunstancias del caso.*—La anterior doctrina, sin embargo, no puede aplicarse en abstracto. Para la estimación del amparo, el Tribunal tuvo en cuenta que: «*La vivienda, situada en un entorno rural de difícil localización, no fue encontrada hasta el momento de ejecución de la Sentencia, una vez precluidas todas las posibilidades procedimentales de alegación y prueba. A este resultado contribuyó de forma decisiva la pasividad del Juzgado ante el que se tramitaba el procedimiento, el cual ante la dificultad en la práctica de la diligencia no agotó los medios “normales a su alcance” para la localización de los demandados: ignoró el ofrecimiento de los actores –que sí conocían la ubicación del inmueble– de acompañar al funcionario de la oficina judicial que efectuase el emplazamiento y no llevó a cabo ninguna otra gestión para asegurar la recepción de la notificación ni en el domicilio que se hizo constar en la demanda, ni en otro en el que el emplazamiento fuera posible, respecto de lo que el Juzgado no emprendió ninguna averiguación*» (FJ 4).

En consecuencia, se estima el amparo por haberse producido indefensión de los recurrentes y se decreta la nulidad de actuaciones.

**STC 208/2013, 16 de diciembre.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Asúa Batarrita.**

**Conceptos: Derechos al honor y a la propia imagen. Entrevista a mayor edad con un importante déficit cognitivo difundida en televisión en un contexto burlesco. Protección de los disminuidos físicos y psíquicos. Requisitos constitucionales de validez del consentimiento prestado por incapaz para la intromisión en los derechos al honor y a la propia imagen.**

**Preceptos de referencia: Artículos 10.1, 18.1 y 49 CE. Artículos 2.2 y 3.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar.**

No es infrecuente que los contenidos de los programas de entretenimiento televisivo se llenen con protagonistas reales ocasionales, representados por

personas inicialmente carentes de notoriedad pública, cuya intervención se limita a revelar y testimoniar determinadas historias personales, más o menos interesantes, a veces afortunadas, a veces desgraciadas. Que los espectadores empaticemos con el afectado, que lo critiquemos o, directamente, que podamos reírnos de él y de su historia es consustancial a estos programas.

Al margen del juego de la libertad de información en estos casos, la cuestión jurídica relevante se sitúa en el consentimiento o autorización que prestan las personas que participan en estos programas. En apariencia, la cuestión es sencilla: si consienten válida y eficazmente en todos los usos de su imagen, de la información personal, etc., la conducta de las personas responsables de los programas será lícita y, en particular, no constituirá una intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: *volenti non fit iniuria*. Así lo dispone el artículo 2.2 de la LO 1/1982.

No obstante, en el caso de las personas físicas con la capacidad de obrar restringida –menores, incapacitados e incapaces– la cuestión resulta más difícil: no se discute si es posible el consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen de estas personas, sino cómo afectan estas restricciones a la capacidad de obrar en el ejercicio del consentimiento expreso del artículo 2.2 LO 1/1982. Se trata, en suma, de determinar si los menores, incapaces e incapacitados podrán, a pesar de las eventuales restricciones generales a su capacidad de obrar, ejercitar válidamente y por sí solos el consentimiento; o si el ordenamiento –la CE, en el caso que nos ocupa– impone normas de protección adicional de estas personas y, en este sentido, impone la representación legal o un complemento de su capacidad y, con ello, determina la invalidez o ineficacia del consentimiento prestado por el menor, el incapacitado o el incapaz por sí solos.

El caso que está en el origen de la sentencia plantea, de forma descarnada, esta problemática: el programa «Crónicas marcianas» de Telecinco emitió una entrevista que previamente había realizado a una persona mayor de edad, con unos rasgos físicos de notoria singularidad y con un acreditado déficit cognitivo (en el procedimiento se expondría que el entrevistado tenía una discapacidad física y psíquica del 66 por 100). Las preguntas del periodista versaron esencialmente sobre la misma temática: el tipo de mujer por el que el entrevistado sentía atracción. La entrevista finalizó con un mensaje que el entrevistado dirigió al público, en el que reseñó abiertamente y con concisión esas preferencias.

Según el relato de los hechos realizado en todas las instancias judiciales, el tono burlesco de la entrevista era inequívoco: además de que la emisión se acompañó de «risas y jolgorio», parece que el efecto cómico residía en el contrapunto que percibía el espectador, al observar que alguien cuyos rasgos físicos condicionan negativamente sus posibilidades de encontrar pareja detallaba con cierta exigencia el tipo de mujer con la que deseaba estar.

Como la crueldad no excluye el efecto cómico ni el entretenimiento, la entrevista tuvo cierta acogida entre los espectadores; de ahí que en la página web del programa se reseñara la entrevista y se adornara de comentarios hilarantes dirigidos a poner de relieve los signos de la discapacidad física del entrevistado.

El entrevistado y sus padres interpusieron demanda de protección civil de los derechos al honor y a la propia imagen contra el entrevistador, el director de «Crónicas marcianas» y la cadena de televisión en la que se emitía el pro-

grama. Solicitaron la declaración de la intromisión ilegítima en esos derechos y una indemnización de 300.000 euros.

El Juzgado de Primera Instancia –que rechazó la legitimación activa de los padres– estimó parcialmente la demanda, declaró la intromisión ilegítima y concedió una indemnización de 15.000 euros. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –que, a diferencia de la primera instancia, admitió la intervención *ad cautelam* de los padres como demandantes– confirmó el resto de los pronunciamientos de la resolución del Juzgado.

La Sala Primera del Tribunal Supremo revocó la sentencia de la Audiencia y negó la intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la propia imagen del entrevistado. Para el Tribunal Supremo, el consentimiento prestado para la realización de la entrevista fue válido y excluyó el carácter ilícito de la intromisión.

El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo formulado por el Ministerio Fiscal frente a la sentencia del Tribunal Supremo, anula esta sentencia y confirma la de la Audiencia Provincial, sobre la base de los argumentos que se resumen a continuación.

1) *La difusión en televisión y en internet de la entrevista queda comprendida en el ámbito objetivo de los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen.*—Esta conclusión es, a juicio del Tribunal, indiscutible a la vista de los hechos acreditados en la jurisdicción ordinaria. La cuestión, en efecto, presentaba poco margen de discusión en relación con el derecho fundamental a la propia imagen: la reproducción de la imagen del entrevistado en televisión y en la página web queda indiscutiblemente comprendida en el ámbito de protección del artículo 18.1 CE, con independencia de que esas imágenes no fueran íntimas (pues el derecho a la imagen no se confunde con el derecho a la intimidad), y por cuanto esas imágenes afectaban a su esfera moral o personal (no patrimonial). El encuadramiento en el derecho al honor exigía un razonamiento más detallado, pues el mensaje transmitido en la entrevista –que, indudablemente, menospreciaba al entrevistado– no era falso. Por ello, al reseñar el contenido del derecho fundamental al honor, la sentencia destaca la jurisprudencia constitucional que lo ha caracterizado como aquel que protege a la persona «frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio» (FJ. 3); y sobre todo aquella jurisprudencia que ha destacado que la afectación del derecho al honor no reside exclusivamente en la falsedad del mensaje o información, sino en «el propósito burlesco, animus iocandi» que «se utiliza precisamente como instrumento de escarnio» (*ibid.*). Como contribución adicional a esta jurisprudencia, la sentencia añade, en un tono esencialmente retórico, que «el derecho al honor es una emanación de la dignidad, entendido como el derecho a ser respetado por los demás» (*ibid.*).

2) *La difusión de la entrevista no queda amparada por la libertad de información.*—La posible prevalencia de la libertad de información sobre los derechos al honor y a la propia imagen del entrevistado no era la cuestión central del caso. Con todo, las referencias a ella en la sentencia son de interés. En realidad, la sentencia se limita a recordar que la protección constitucional de la libertad de información solo se da en relación con informaciones veraces y referidas «a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública» (FJ. 5). Es evidente que para la jurisprudencia constitucional –a diferencia de lo que en alguna ocasión ha sostenido la Sala Primera del Tribunal Supremo (*vid.*

STS 12-VI-2009, *María Reyes*)— la información frívola que solo entretiene no queda protegida por la libertad de información. Esta consideración —que descarta directamente que la información que pudiera transmitir la entrevista quedara cubierta por la libertad de información— se acompaña en la sentencia de dos argumentos adicionales, aparentemente innecesarios y con escasa conexión con el artículo 20.1 d) CE: (i) en todo caso, no puede prevalecer la libertad de información por cuanto la entrevista constituyó «*un abuso de sus derechos fundamentales al honor y a la propia imagen*» y «*fue realizada únicamente con propósito burlesco, para ridiculizar al entrevistado [...]*» (FJ. 5); y (ii) la condición del entrevistado de discapacitado físico y psíquico impide que prevalezca la libertad de información. Aquí el Tribunal —sin aparente conexión con la libertad de información— adelanta su *ratio decidendi* en relación con la invalidez del consentimiento prestado por el entrevistado: el artículo 18.1 CE debe ponerse en conexión con el artículo 49 CE (mandato constitucional de protección de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos).

3) *El entrevistado no consintió la publicación de la entrevista en la página web y, por tanto, existe vulneración del derecho a la propia imagen.*—El Tribunal no rehúye la cuestión central y más difícil del caso: determinar si el entrevistado, al consentir para la realización y difusión de la entrevista, consintió válidamente y neutralizó el eventual carácter ilícito de la intromisión en sus derechos al honor y a la propia imagen. No obstante, advierte con carácter preliminar que la infracción del segundo de estos derechos se produciría en todo caso respecto de la publicación de la entrevista en la página web. En efecto, el entrevistado no consintió en ese segundo uso y, por tanto, la utilización de su imagen en la página web (con una evidente finalidad comercial) constituye una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen.

4) *El entrevistado no consintió válida y eficazmente. El error de la Sala Primera del Tribunal Supremo.*—La conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo de que el entrevistado consintió válida y eficazmente se apoyó en un doble argumento: (i) el entrevistado no había sido declarado judicialmente incapacitado, y (ii) acudió voluntariamente a la entrevista e indiscutiblemente consintió a la captación de su imagen para que fuera emitida en el programa «*Crónicas Marcianas*»; de ello, extrae el Tribunal Supremo que el entrevistado prestó válidamente el consentimiento *ex* artículo 2.2 LO 1/1982, con arreglo a la consolidada doctrina jurisprudencial que admite la validez del consentimiento tácito, por medio de actos inequívocos.

Aunque no lo formulara expresamente, el Tribunal Supremo no dejó de pronunciarse sobre si el entrevistado tenía capacidad natural suficiente para consentir. Al respecto, y sobre la base de un argumento algo sorprendente, el Tribunal Supremo entendió que la consideración en la sentencia de primera instancia de que el entrevistado tenía una discapacidad física y psíquica del 66 por 100 —que evidentemente influyó en el fallo de esta primera resolución— no fue en realidad declarado «*como hecho probado*»; de manera que debía prevalecer la presunción de capacidad.

Así las cosas, el (discutible) argumento del Tribunal Supremo presentaba una trascendencia constitucional —al menos, bajo el punto de vista del art. 18.1 CE— lábil: para el Tribunal Supremo, la validez del consentimiento del entrevistado respondía esencialmente a una cuestión probatoria: no se había conseguido acreditar que el entrevistado no reuniera la capacidad natural suficiente para entender y querer, por lo que, no estando incapacitado judicialmente, debía presumirse su capacidad para consentir válidamente. No

obstante, el Tribunal Constitucional consigue formular el *error* de la Sala Primera en unos términos distintos, con mayor enjundia constitucional: para el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo se limitó a observar «*la inexistencia de una declaración judicial*» y de ello extrajo la presunción de capacidad y, en última instancia, la validez del consentimiento (FJ. 6).

En este contexto, el Tribunal Constitucional expone con soltura el reproche al Tribunal Supremo: al tratarse de una persona con discapacidad (en el sentido, al parecer, del art. 49 CE), el análisis de su capacidad para consentir en la intromisión en los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE «*no puede hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad*». En estos casos, el artículo 18.1 CE y los artículos 2.2 y 3.1 LO 1/1982 (en conexión con sus arts. 49 y 10.1) exigen atender a dos consideraciones adicionales.

En primer lugar, el consentimiento debe ser expreso (como dispone el artículo 2.2 LO 1/1982). Pero esta exigencia debe interpretarse de forma «*especialmente rigurosa*»; lo que significa que, a diferencia de la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo, la mera realización voluntaria de una entrevista no puede interpretarse como la prestación de un consentimiento expreso. Aunque el Tribunal Constitucional no detalla qué debe entenderse por expreso a los efectos del artículo 2.2 LO 1/1982, es claro que su doctrina se opone abiertamente a la del Tribunal Supremo, que, de conformidad con la doctrina de los autores más autorizados, ha considerado, con carácter general, que la forma expresa que exige esa norma no excluye la validez del consentimiento prestado tácitamente.

En segundo lugar, en los casos como el que nos ocupa, se exige una «*garantía adicional*», que el Tribunal Constitucional identifica con la necesidad de que el «*entrevistador [...] se asegurara de que el actor, con una discapacidad física y psíquica evidente, era claramente conocedor de las características del programa en el que se emitiría la entrevista y del alcance de ésta*». Como no se produjeron estas garantías, el Tribunal Constitucional concluye que el consentimiento del entrevistado no fue prestado de forma válida y eficaz y, por lo tanto, este consentimiento no excluyó la licitud de la intromisión en los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen.

El Tribunal Constitucional no aclara en qué se concretan esas garantías adicionales y, sobre todo, qué debería haber realizado el entrevistador para que el consentimiento del entrevistado fuera válido (¿se exige contrato escrito? ¿Debe firmar una carta de asunción de riesgos o un documento de consentimiento informado? ¿Debían consentir sus padres? ¿Debía intervenir el Ministerio Fiscal *ex art. 3.2 LO 1/1982?*...). Se dirá con razón que estas son cuestiones civiles que corresponde dilucidar a la jurisdicción y legalidad ordinarias; mas no se olvide que el fundamento de la presente sentencia del Tribunal Constitucional –y con él la posibilidad de reprochar constitucionalmente la argumentación *civil* u *ordinaria* que realizó la Sala Primera del Tribunal Supremo– se apoya en una interpretación de la LO 1/1982 (en consonancia con los arts. 18.1, 10.1 y 49 CE); y ello, por cuanto esa normativa contiene –según dice la propia sentencia del Tribunal Constitucional (FJ. 6)– la configuración legal de unos derechos fundamentales (en este caso, el honor y la propia imagen). Por tanto, si el Tribunal Constitucional ha precisado cómo deben interpretarse los artículos 2.2 y 3.1 LO 1/1982 también debería –o deberá más adelante– aclarar cómo un incapaz puede en Derecho español consentir válida y eficazmente la intromisión en sus derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen.