

tima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

Y es cabalmente esa justificación objetiva en razón de la finalidad de las disposiciones cuestionadas y la adecuación del medio utilizado, enjuiciado desde la lógica del sistema de contributividad, lo que, a mi juicio, se da en ese caso, siendo aplicable, en suma, la salvedad de la discriminación que las referidas normativa y jurisprudencia citadas en el Fundamento Jurídico 7 de la Sentencia establecen. Entiendo, así, que el juicio de proporcionalidad de la medida a que se refiere la primera parte del planteamiento de la cuestión, y la de la decisión de nuestra Sentencia, condiciona de modo inmediato la solución a dar al problema de la discriminación indirecta por razón del sexo, pues de que exista (como yo entiendo) o no (como entiende la Sentencia) esa proporcionalidad, depende de que pueda entrar en juego la salvedad a la discriminación (como yo sostengo) o no (según la tesis de la Sentencia).

5. Por todo lo expuesto, en mi criterio se debiera haber desestimado la cuestión de inconstitucionalidad, en tal sentido dejo formulado mi Voto.

Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil cuatro.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

1071 *Pleno. Sentencia 254/2004, de 22 de diciembre de 2004. Cuestión de inconstitucionalidad 3066/1999. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, de 6 de junio, de calendario y horarios comerciales.*

Competencia residual del Estado en materia de comercio interior: infracción y sanción por apertura de establecimiento en domingo o festivo no autorizado. Inconstitucionalidad parcial de ley autonómica. Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, doña Elisa Pérez Vera, don Eugenio Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3066/99, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Novena, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, de 6 de junio, de calendario y horarios comerciales, por posible vulneración de los arts. 149.1.13 y 149.3 CE. Han intervenido el Letrado de la Comunidad de Madrid, el Abogado del Estado, ambos en la representación que ostentan, y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 13 de julio de 1999 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito de la Secretaría de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al que se adjuntaba testimonio del recurso contencioso-administrativo núm. 1124/95 y Auto de 6 de julio de 1999, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, de 6 de junio, de calendario y horario comerciales, por posible infracción de los arts. 149.1.13 y 149.3 de la Constitución.

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la cuestión son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) Alcampo, S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo contra una sanción de multa de 10.450.000 (diez millones cuatrocientas cincuenta mil) pesetas impuesta por Resolución de 22 de marzo de 1995 de la Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid por apertura de establecimiento en domingo o festivo no autorizado, constitutiva —con arreglo al art. 10 de la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, de 6 de junio, de calendario y horario comerciales— de una infracción muy grave a lo dispuesto en el art. 3 de dicha Ley autonómica, en relación con los arts. 1 y 2 del Decreto 64/1994, de 23 de junio, por el que, en desarrollo de aquella Ley, se establecen los días en los que se autoriza la apertura en domingos y festivos de los establecimientos comerciales para el año 1994.

b) Suscitada por la parte actora la posible inconstitucionalidad, por incompetencia, de la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, la Sección, mediante providencia de 20 de abril de 1999, acordó requerir a las partes para que presentaran alegaciones sobre la pertinencia de plantear cuestión ante este Tribunal. Recurrida en súplica dicha providencia por el Ministerio Fiscal —que alegaba incumplimiento de lo preceptuado en el art. 35.1 LOTC—, la Sección dictó Auto de 24 de mayo de 1999, en el que se expresaba con detalle la duda de constitucionalidad.

c) La Comunidad de Madrid se opuso al planteamiento de la cuestión, la recurrente interesó su planteamiento y el Ministerio Fiscal no se opuso al mismo.

d) Evacuadas las alegaciones de las partes, la Sección, por Auto de 6 de julio de 1999, acuerda el planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

3. El Auto de promoción de la cuestión de inconstitucionalidad indica que en el proceso *a quo* «se impugna la resolución de fecha 22.3.1995 de la Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid que impuso a la actora una sanción de multa por importe de 10.450.000,—ptas. por apertura de establecimiento en domingo o festivo no autorizado, lo que constituye, de acuerdo con el art. 10 de la Ley 4/1994 de 6.6, de la Comunidad de Madrid, de calendario y horario comerciales (BOCAM 16.6.94), una infracción muy grave a lo dispuesto en el art. 3 de dicha Ley en relación con los arts. 1 y 2 del Decreto 64/1994». A continuación pone de manifiesto que la Ley 4/1994, de 6 de junio, de calendario de horarios comerciales, estableció, para el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, y de acuerdo con el marco dispuesto por los arts. 2 y 3 del Real Decreto-ley 22/1993, de 29 de diciembre, por el que se establecen las bases para la regulación de horarios comerciales, la regulación del horario y de los domingos y días festivos en que los comercios pueden estar abiertos al público.

Tras ello el órgano judicial señala que dicha Ley 4/1994 se dicta, según su preámbulo, en ejercicio de las competencias asumidas por la Comunidad de Madrid en las siguientes materias: «fomento del desarrollo económico

dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional», en la cual dispone de potestad legislativa plena, y «ordenación y planificación de la actividad económica regional», en la que tiene atribuida la competencia de desarrollo legislativo y ejecución (arts. 26.11 y 27.4 EAM).

Sin embargo, sigue señalando el Auto de promoción, los horarios de apertura y cierre de los comercios constituyen una submateria que se encuadra en la materia de «comercio interior», según ha determinado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 25/1993, 228/1993, 264/1993 y 284/1993). Pues bien, en la fecha de publicación de la Ley 4/1994 la Comunidad de Madrid carecía de competencias legislativas en materia de «comercio interior», ya que sólo tenía atribuida la función ejecutiva en dicha materia (art. 28.3 EAM, aprobado por Ley Orgánica 3/1983), sin que sea lícito amparar la competencia en las otras materias antes citadas.

Aunque tras la publicación de la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, la Comunidad de Madrid dispone ya de competencia exclusiva en materia de «comercio interior» (art. 26.3.1.2 EAM), ello no impide apreciar lo expuesto, es decir, la inconstitucionalidad de la Ley 4/1994 por infracción de lo dispuesto en el art. 149.1.13 y 3 CE, dada la falta de competencia en aquel momento de la Comunidad de Madrid en la referida materia de «comercio interior».

Tal apreciación, concluye el Auto de promoción, «se extiende a la totalidad de los preceptos de la Ley, sin que quepa duda alguna de que el fallo que pudiese recaer en la presente resolución depende de la validez de la norma, por tratarse de la norma tipificadora de la infracción y sanción imputada e impuesta a la parte actora».

4. La Sección Segunda, por providencia de 15 de septiembre de 1999, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, dar traslado de las actuaciones, conforme establece el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y al Fiscal General del Estado, así como a la Asamblea y al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, al efecto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular alegaciones. Asimismo acordó publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid».

5. Con fecha 30 de septiembre de 1999 el Presidente del Congreso de los Diputados se dirigió al Tribunal comunicándole el acuerdo de la Mesa de dicha Cámara de no personarse en el proceso ni formular alegaciones.

6. El día 7 de octubre de 1999 se registran en el Tribunal dos escritos del Letrado de la Comunidad de Madrid, en la representación que ostenta. En el primero de ellos acredita su personación en el proceso. Mediante el segundo formula sus alegaciones, las cuales se sintetizan a continuación:

a) Comienza poniendo de relieve que el órgano judicial cuestionante entiende, a partir de la doctrina contenida en las SSTC 225/1983, 264/1983 y 284/1983, que la submateria de «horarios comerciales» se comprende dentro del título competencial de «comercio interior», respecto del cual la Comunidad de Madrid carecía de competencias legislativas en el momento en que se aprobó la Ley 4/1994, de 6 de junio, de horarios comerciales.

El Letrado de la Comunidad de Madrid manifiesta su oposición a este planteamiento. Tanto el Real Decreto-ley 22/1993 como el 2/1985, señala, se aprobaron en virtud de la competencia estatal sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, de manera que, aunque los horarios comerciales puedan subsumirse dentro de la materia «comercio interior», ello no impide que sobre la misma materia puedan incidir otros títulos competenciales, como es el caso del antedicho art. 149.1.13 CE.

Si se analiza el Real Decreto-ley 22/1993 resulta claro que su finalidad era establecer una normativa común en todo el territorio nacional en orden a la fijación de horarios comerciales, por su indudable trascendencia en la tensión tradicional entre el comercio minorista y las grandes superficies comerciales, según reconoció la STC 225/1993.

En consecuencia la fijación de unas pautas básicas en la regulación de los horarios comerciales se enmarca en la política económica general ex art. 149.1.13 CE.

La proyección en todo el territorio nacional de esta política es incompatible con el planteamiento que subyace en la cuestión de inconstitucionalidad, que supondría admitir un doble régimen en cuanto a los horarios comerciales, pues existirían unas Comunidades Autónomas que podrían establecer limitaciones en los horarios comerciales y otras Comunidades que no podrían hacerlo, aplicándoseles la libertad de horarios sin margen de maniobra (disposición final del Real Decreto-ley 22/1993). Ello generaría, en definitiva, una diferencia de tratamiento no querida por el legislador estatal y contraria a la unidad de mercado (SSTC 225/1993 y 64/1990, entre otras).

Por tanto resulta correcto entender que el Real Decreto-ley 22/1993 es de aplicación a todas las Comunidades Autónomas, no reduciéndose su ámbito de aplicación al de las Comunidades con competencia en materia de «comercio interior», sino a todas. De no ser así no se comprendería la redacción de su disposición final, puesto que se aplica «en defecto de disposiciones autonómicas», cuando resulta que algunas Comunidades Autónomas no tendrían competencia normativa para dictarlas. La previsión supletoria de dicha disposición final presupone que todas las Comunidades Autónomas pueden fijar horarios comerciales dentro del señalado marco general.

b) Partiendo de todo lo expuesto, la Ley cuestionada es plenamente constitucional, puesto que se sustenta en los arts. 26.11 (competencia legislativa plena en materia de fomento del desarrollo económico) y 27.4 (competencia de desarrollo legislativo, en el marco de la legislación básica del Estado, en materia de ordenación y planificación de la actividad económica regional) del Estatuto de la Comunidad de Madrid.

Incluso cabe preguntarse si la fijación de horarios comerciales es propia de la competencia legislativa o de la actividad meramente aplicativa o ejecutiva en materia de comercio interior, competencia efectivamente asumida por la Comunidad de Madrid (art. 28.3 EAM).

c) Por último el Letrado de la Comunidad de Madrid señala que la Ley 4/1994 se aprobó a partir de la normativa estatal y adecuándose a ella, sin que el Estado se haya sentido invadido en sus competencias. Por tanto su aprobación se sustentó en el principio de confianza legítima e incluso en el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en virtud de una habilitación estatal y cumpliendo la reserva de Ley que precisaba la regulación del régimen sancionador.

Por todo lo razonado el representante procesal de la Comunidad de Madrid solicita del Tribunal que declare la plena constitucionalidad de la Ley 4/1994.

7. Con fecha 8 de octubre de 1999 el Abogado del Estado presenta, en la representación que ostenta, un escrito mediante el cual se persona en el proceso y formula las siguientes alegaciones:

a) Con carácter preliminar el Abogado del Estado indica que en las alegaciones que se formularon con ocasión del recurso de inconstitucionalidad núm. 1255/1996, relativo a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista, ya se dijo que algunas Comunidades Autónomas, entre ellas las de Madrid, sólo tenían competencia de ejecución en materia de «comercio interior» (art. 28.3 EAM, en la redacción dada por la Ley Orgánica 10/1994).

Precisamente, la Ley Orgánica 2/1996 se proponía transferir competencia normativa en materia de «comercio interior» a las Comunidades que carecían de ella. La competencia estatal (ostentada en virtud del art. 149.3 CE) se trasladaba a las Comunidades Autónomas para que, entre otras cosas, establecieran el sistema sancionador correspondiente (regla 4 del párrafo segundo del art. 3 de la Ley Orgánica 2/1996).

La Comunidad de Madrid destina el título II de su Ley 4/1994 a establecer infracciones y sanciones en materia de calendario y horarios comerciales. El objeto del proceso de origen de esta cuestión es, precisamente, una sanción impuesta al amparo de los arts. 10.1, 11.1 c) y 14.2 de dicha Ley.

El órgano judicial proponente cuestiona la Ley 4/1994 en su integridad. Desde luego son normas claramente relevantes para fallar el proceso *a quo* los tres preceptos que se acaban de citar, pero es completamente razonable que, en razón al vicio de incompetencia, aquel órgano haya entendido que la inconstitucionalidad de los mismos entrañe que toda la Ley sea inconstitucional por conexión o consecuencia (art. 39.1 LOTC).

No obstante lo razonable de este planteamiento la cuestión debe entenderse ceñida a dichos tres preceptos y, por conexión, a los demás del título II de la Ley cuestionada. Si se invalida dicho título II es claro que el título I quedaría como «*lex imperfecta*» hasta que el legislador madrileño la provea de nueva garantía sancionadora. Pero el carácter imperfecto de una Ley es ajeno a su constitucionalidad, si bien no puede descartarse que dicho título I pueda surtir algún efecto jurídico.

b) Con carácter previo al examen de fondo el Abogado del Estado indica que conviene tratar dos puntos.

En primer lugar manifiesta que, dada la función de depuración del Ordenamiento a que se enderezan las cuestiones de inconstitucionalidad, no hay razón para excluir que las reglas constitucionales de competencia puedan sustentar la duda de constitucionalidad, como confirma la práctica del Tribunal, que ha admitido y resuelto cuestiones de constitucionalidad basadas en normas de competencia (SSTC 159/1991 y 163/1995, entre otras).

En segundo lugar, en cuanto al canon de enjuiciamiento de la cuestión, el representante procesal del Estado considera que la doctrina del *ius superveniens* debe limitarse a los recursos de inconstitucionalidad y, por tanto, no aplicarse a las cuestiones, como viene siendo la doctrina reiterada del Tribunal (salvo el caso de la STC 28/1997, FJ 2), máxime cuando pueda estar afectado el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE). Efectivamente, si el legislador madrileño sólo tuvo competencia para dictar normas legales que establecieran infracciones o sanciones en fecha posterior a la de la sanción enjuiciada en el proceso *a quo*, parece claro que dotar de eficacia retroactiva sancionadora a una ulterior atribución competencial lesionaría el antedicho derecho fundamental. Dicho de otro modo, la garantía formal ínsita en el art. 25.1 CE debe comprender la validez de la Ley que establece la infracción y la competencia es un requisito de la misma. Por ello, concluye el Abogado del Estado, es imposible evitar la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del título II de la Ley 4/1994, pero nada impediría que su título I se beneficiara del crecimiento de las competencias derivadas del Derecho sobrevenido.

En conclusión, el canon de enjuiciamiento debe estar constituido por el Estatuto de la Comunidad de Madrid vigente en el momento de la resolución administrativa sancionadora y, en cuanto a la legislación estatal, por el Real Decreto-ley 22/1993, de 29 de diciembre.

c) Teniendo en cuenta la doctrina constitucional recogida en el Auto de planteamiento (SSTC 225/1993, FJ 2; 228/1993, FJ 2; 264/1993, FJ 3; y 284/1993, FJ 4) la Ley

cuestionada ha de ser encajada en la materia de «comercio interior» (art. 28.3 EAM), más específica que las concurrentes de los arts. 26.11 y 27.4 EAM. Pues bien, la STC 225/1993, FJ 2.A, tiene un pronunciamiento muy contundente acerca de las Comunidades Autónomas, entre ellas la de Madrid, que en aquel momento carecían de competencia normativa en materia de «comercio interior», frente a otras Comunidades que sí disponían de tal competencia.

Es claro, por tanto, argumenta el Abogado del Estado, que en materia de horarios comerciales la Comunidad de Madrid no podía ejercer competencias normativas en abril de 1994. A ello no se opone el art. 4 del Real Decreto-ley 22/1993, puesto que esta disposición carece de aptitud constitucional para atribuir competencias a las Comunidades Autónomas. La inclusión de la regla 4 del párrafo segundo del art. 3 de la Ley Orgánica 2/1996 no viene a ser más que la tardía confesión de que el art. 4 del Real Decreto-ley 22/1993 era constitucionalmente insuficiente.

La Comunidad de Madrid no podía excusar su falta de competencia en la defectuosa dicción del Real Decreto-ley 22/1993, y menos aún aducir el principio de confianza legítima. De hecho la cita en el preámbulo de la Ley cuestionada de los arts. 26.11 y 27.4 EAM es denotativa de la evidente falta de competencia.

A continuación el Abogado del Estado discrepa de la Sección cuestionante en cuanto a los preceptos constitucionales infringidos. Estos no serían, como indica aquélla, los arts. 149.1.13 y 149.3 CE, sino este último precepto y el art. 28.3 EAM. La competencia normativa ejercitada no correspondía al legislador madrileño, sino al Estado en virtud del art. 149.3 CE en relación con el art. 28.3 EAM.

El Abogado del Estado termina su alegato descartando la cobertura estatutaria que podrían ofrecer los arts. 26.11 y 27.4 EAM. El primero, porque la Ley cuestionada no persigue una finalidad de fomento, sino de ordenación e intervención; el segundo, porque no puede prevalecer sobre el propio Estatuto de Autonomía, que contiene una norma específica en materia de comercio interior, limitada a la competencia ejecutiva, que debe prevalecer.

Como consecuencia de todo ello solicita que se declaren inconstitucionales los arts. 10.1, 11.1 c) y 14.2 de la Ley 4/1994 y, por conexión (art. 39.1 LOTC), todos los demás de su título II (arts. 6 a 16).

8. Mediante escrito registrado el día 8 de octubre de 1999 la Presidenta del Senado comunica al Tribunal que dicha Cámara se persona en el proceso y ofrece su colaboración.

9. El día 15 de octubre de 1999 el Fiscal General del Estado presenta en el Registro General del Tribunal sus alegaciones, que se resumen a continuación:

a) Comenzando por los presupuestos procesales de la cuestión, la Sala plantea la constitucionalidad de la totalidad de la Ley 4/1994 en razón a la falta de competencia de la Comunidad de Madrid para regular la materia afectada. Sin embargo el Fiscal General del Estado indica que constituyendo la cuestión de inconstitucionalidad un tipo de control concreto y no abstracto de la constitucionalidad de la Ley, únicamente pueden ser objeto de la cuestión los preceptos que resulten aplicables en el proceso *a quo*. De acuerdo con ello el enjuiciamiento debe ceñirse a los arts. 3 y 10, puesto que la sanción administrativa impuesta por apertura de establecimiento en domingo o festivo no autorizado constituye una infracción muy grave (art. 10) a lo dispuesto en el art. 3 de dicha Ley 4/1994 y la decisión que debe adoptar la Sala depende sólo de la constitucionalidad de estos artículos y no de la del resto de la Ley.

b) No existe inconveniente, indica a continuación, en que se aprecie la vulneración, no sólo del art. 149.3 CE, sino también la del art. 149.1.13 CE, aunque este precepto

no se incluyera en la providencia de audiencia a las partes, puesto que ello no ha impedido que en el trámite de audiencia se informase sobre este precepto, lo que es conforme con la doctrina constitucional (STC 41/1990, FJ 3).

c) La Exposición de Motivos de la Ley cuestionada justifica la competencia autonómica para dictar la Ley en dos preceptos del Estatuto de Autonomía: los arts. 26.11 (competencia legislativa en relación con el fomento del desarrollo económico de la Comunidad) y 27.4 (competencia de desarrollo legislativo sobre la ordenación y planificación de la actividad económica regional).

Se discute, precisamente, si estos títulos confieren competencia a la Comunidad de Madrid para legislar sobre horarios comerciales, lo que es rechazado por la Sala cuestionante a la vista de la doctrina constitucional (SSTC 225/1993 y 228/1993), que determina que la normativa sobre éstos se incluyan en la materia de «comercio interior».

Pues bien, en materia de comercio interior el Estatuto sólo atribuye a la Comunidad de Madrid la función ejecutiva (art. 28.3).

El Fiscal General del Estado descarta a continuación que la Ley 4/1994 haya procedido a una mera ejecución de las previsiones del Real Decreto-ley 22/1993, pues según este último ha de ser cada Comunidad quien legisle en materia de horarios en el marco de la norma básica. También descarta que nos encontremos ante una delegación del Real Decreto-ley en las Comunidades Autónomas para que regulen la materia dentro del marco básico y sustentado en el art. 149.1.13, pues ello no se ajusta al art. 150.1 CE.

Partiendo de lo anterior el Fiscal General del Estado rechaza que los títulos en los que, según su preámbulo, se ampara la Ley 4/1994 puedan prevalecer, por su generalidad, sobre el más específico del «comercio interior», que limita la competencia autonómica a la función ejecutiva.

Lo expuesto conduce a entender que la regulación efectuada por la Ley 4/1994 en sus arts. 3 y 10 es contraria a lo establecido por el art. 149.3 CE, de acuerdo con el cual la competencia para regular esta materia es del Estado. De modo que aquellos preceptos son inconstitucionales y nulos y las sanciones impuestas a su amparo carecen de cobertura legal.

A ello no se opone el hecho de que la Comunidad de Madrid posea actualmente competencias plenas en materia de «comercio interior», tras la reforma de 1998, pues el *ius superveniens* no debe tener efecto en las cuestiones de inconstitucionalidad, en las que debe seguirse la regla *tempus regit actum*.

Por todo ello el Fiscal General del Estado solicita que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 3 y 10 de la Ley cuestionada.

10. Por providencia de fecha 21 de diciembre de 2004, se señaló para votación y fallo el día 22 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid plantea a este Tribunal una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la totalidad de la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, de 6 de junio, de calendario de horarios comerciales, suscitando la posible vulneración por parte de dicha Ley de los arts. 149.1.13 y 149.3 de la Constitución.

El Auto de promoción de la cuestión fundamenta la duda de constitucionalidad señalada en el hecho de que los horarios de apertura y cierre de los establecimientos comerciales constituyen, según la jurisprudencia de este Tribunal, un segmento de la materia de «comercio interior», la cual puede ser regulada por las Comunidades Autónomas competentes sujetándose a los principios

básicos que el Estado haya establecido al amparo de su competencia sobre las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13 CE). Partiendo de ello, sigue exponiendo el Auto de planteamiento de la cuestión, puesto que en el momento en que dicha Ley 4/1994 se aprobó la Comunidad de Madrid no había asumido ninguna competencia normativa en materia de «comercio interior», sino tan sólo la de ejecución (art. 28.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en adelante EAM), dicha Ley 4/1994 nació viciada de incompetencia.

2. Con carácter previo al examen de fondo debemos hacer algunas puntualizaciones en aras a la delimitación del objeto de nuestro enjuiciamiento.

Ya hemos visto que el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad somete a nuestra consideración la totalidad de la Ley 4/1994. Sin embargo tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado consideran que el carácter concreto del control de constitucionalidad de la Ley, que es característica sustancial de la cuestión de inconstitucionalidad, determina que sólo pueden cuestionarse los preceptos que resultan determinantes para la resolución del proceso *a quo*, no pudiendo serlo los restantes.

Este planteamiento resulta acorde, efectivamente, con nuestra reiterada doctrina acerca de la naturaleza específica de las cuestiones de inconstitucionalidad en cuanto a la modalidad de control de la constitucionalidad de la Ley que las mismas conllevan. Así hemos dicho en la STC 64/2003 que «la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución». Dicha Sentencia continúa afirmando que «la extraordinaria transcendencia de las cuestiones de inconstitucionalidad como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional obliga, sin embargo, a extremar las garantías destinadas a impedir que esta vía procesal resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, como sería, por ejemplo, el de utilizarla para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en el que la cuestión se suscita» (STC 64/2003, de 27 de marzo, FJ 5).

Cuanto se acaba de exponer justifica que este Tribunal haya exigido reiteradamente que los juicios de aplicabilidad y de relevancia, determinantes del tan aludido control concreto de constitucionalidad, sean formulados con rigor por el correspondiente órgano judicial cuestionante:

«Dicho juicio de relevancia “ha sido definido por este Tribunal como el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada (por todos, ATC 93/1999, de 13 de abril, FJ 3, y las resoluciones allí mencionadas)” (ATC 21/2001, de 31 de enero, FJ 1) y constituye una de las condiciones esenciales para la admisión de la cuestión pues, en la medida que garantiza una interrelación necesaria (STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 3) entre el fallo del proceso *a quo* y la validez de la norma cuestionada, asegura la realización efectiva del antedicho control concreto de la constitucionalidad de la Ley.

Es claro que la formulación del juicio de relevancia lleva implícito como paso previo la selección y concreción del precepto o preceptos aplicables al caso y de cuya constitucionalidad el órgano judicial duda, pues sólo una vez que han sido concretados dichos preceptos puede aquél exteriorizar el expresado nexo entre su validez y el fallo que debería recaer».

3. Según se ha expuesto en los antecedentes el Auto de promoción constata que en el proceso *a quo* «se impugna la resolución de fecha 22 de marzo de 1995 de la Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid que impuso a la actora una sanción de multa por importe de 10.450.000,-ptas. por apertura de establecimiento en domingo o festivo no autorizado, lo que constituye de acuerdo con el art. 10 de la Ley 4/1994 de 6.6, de la Comunidad de Madrid, de calendario y horario comerciales (BOCAM 16.6.94), una infracción muy grave a lo dispuesto en el art. 3 de dicha Ley en relación con los arts. 1 y 2 del Decreto 64/1994».

Y, en lo que aquí interesa, el propio Auto también señala (fundamento sexto) que no cabe «duda alguna de que el fallo que pudiera recaer en la presente resolución depende de la validez de la norma por tratarse de la norma tipificadora de la infracción y sanción imputada e impuesta a la parte actora».

De acuerdo con el planteamiento reproducido del propio Auto, no existe inconveniente en considerar que los juicios de aplicabilidad y de relevancia han sido formulados correctamente en lo que se refiere, exclusivamente, a la norma tipificadora de la infracción y sanción imputada e impuesta a la parte actora, únicos extremos que el órgano judicial conecta con la resolución del proceso *a quo* y a los que, según nuestra doctrina, debemos limitar nuestro enjuiciamiento.

Partiendo de ello, es claro que la determinación de «la norma tipificadora de la infracción y sanción imputada e impuesta a la parte actora», se concreta en los arts. 10.1 y 11.1.c, que establecen lo siguiente:

Art. 10. Infracciones muy graves: «1.) La apertura de establecimientos comerciales en domingo o día festivo no autorizado, de acuerdo con la autorización preceptiva a que se refiere esta Ley en su artículo 3».

Art. 11.1 c) Sanciones administrativas: «1. Multa con la siguiente graduación: c) Infracciones muy graves: en cuantía hasta 100.000.000,-Ptas.».

Aunque tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado consideran que el objeto de la cuestión podría extenderse también a otro precepto, en el que, por lo demás, no manifiestan coincidencia (antecedentes séptimo y noveno), dicha extensión no puede producirse por falta de relevancia para el proceso *a quo*. En cuanto al art. 3, aludido por el Fiscal General del Estado, porque dicho precepto (al cual, en todo caso, remite el art. 10.1, que será objeto de enjuiciamiento) carece de contenido normativo tipificador de infracción o sanción alguna. Respecto al art. 14.2, señalado por el Abogado del Estado, porque ni las partes en el proceso *a quo* ni el Auto de planteamiento de la cuestión, suscitan duda de constitucionalidad específica sobre el órgano que resulta competente para imponer la sanción recurrida.

Por tanto, nuestro examen se restringirá a los preceptos 10.1 y 11.1 c) reproducidos, que conectan, estrictamente, con los antecedentes y fundamentación jurídica que se contienen en el propio Auto de planteamiento, no siendo procedente ir más allá, pues «no puede este Tribunal, en efecto, entrar en consideraciones, y menos decisiones, relativas al problema subyacente en la aplicación de la norma cuestionada, o, mejor dicho, en los presupuestos de hecho y normativos determinantes de su aplicación, tarea que es la propia del órgano judicial competente» (STC 142/1990, de 20 de septiembre, FJ 2).

En conclusión el objeto de nuestro examen estará constituido por «la norma tipificadora de la infracción y sanción imputada e impuesta a la parte actora», según explicita el Auto de promoción, es decir, por los arts. 10.1 y 11.1 c) de la Ley 4/1994.

4. Una vez así delimitados los preceptos de la Ley 4/1994 que pueden ser objeto de esta cuestión de incons-

titucionalidad debemos dar un paso más y recordar que «ya desde la STC 17/1981 de 1 de junio, FJ 2, hemos puesto de manifiesto que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 37.1) abre la posibilidad de rechazar en trámite de admisión... la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o la cuestión misma fuere notoriamente infundada. Se señala, al efecto, que esta posibilidad de decretar la inadmisibilidad en trámite previo no excluye, en modo alguno, la facultad del Tribunal para hacer mediante Sentencia un pronunciamiento de la misma naturaleza cuando las razones que impiden entrar a resolver sobre la validez de la norma impugnada no son aparentes *prima facie* o aparecen de tal modo que resulta aconsejable abrir todas las posibilidades del debate, dando intervención a todos los llamados por el art. 37.2 LOTC, y siguiendo el proceso constitucional hasta terminar por Sentencia, con la plenitud de efectos y de publicidad que a esta modalidad de decisión corresponde» (STC 64/2003, de 27 de marzo, FJ 4). Así confirmamos la doctrina de este Tribunal (SSTC 17/1981, de 1 de junio, 103/1983, de 22 de noviembre, 106/1986, de 24 de julio, y 127/1987, de 16 de julio, entre otras) de que la tramitación específica del art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo.

Por tanto, la cuestión, una vez limitado su objeto a los arts. 10.1 y 11.1 c) de la Ley 4/1994, es inadmisibile respecto a los demás preceptos de dicha Ley por falta de acreditación de su relevancia para la resolución del proceso *a quo*.

5. Aún con carácter previo al examen de los motivos de inconstitucionalidad que se achacan a los preceptos cuestionados de la Ley 4/1994 es preciso que despejemos otro extremo. Se trata de que fijemos cuál haya de ser el canon normativo de nuestro enjuiciamiento.

Planteándose en la cuestión sendas infracciones del orden constitucional de competencias por parte de los preceptos cuestionados, se constata que tanto el Auto de planteamiento de la cuestión como el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado señalan que debe estar a lo que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid disponía en el momento en que recayó la resolución sancionadora impugnada en el proceso *a quo*, esto es a lo previsto en la Ley Orgánica 3/1983, que aprobó dicho Estatuto, sin que su modificación posterior por Ley Orgánica 5/1998 sea relevante a los efectos de la resolución.

Pues bien, el extremo que se nos plantea ha de encontrar similar respuesta que la dada al problema de la extinción del objeto en los procesos de control de la constitucionalidad de la ley. Al respecto hemos dicho con reiteración que «la solución ha de venir dada en función de la incidencia real de la derogación, no de criterios abstractos y, en tal sentido, este Tribunal ha cuidado de distinguir entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, como manifestaciones procesales distintas, aun cuando con un sustrato común, ya que ambas tienen por objeto el enjuiciamiento de normas, en un caso mediante su impugnación directa e indirecta en el otro. Por ello, se dice en nuestra STC 111/1983 (FJ 2) podrían justificarse soluciones distintas en cuanto a la desaparición de la razón del proceso, pues mientras en el recurso directo la derogación, por lo común, extinguirá el objeto, en la cuestión de constitucionalidad la solución puede ser otra por cuanto la validez de la norma –aun derogada– puede requerir un juicio de constitucionalidad. En efecto, este puede condicionar la decisión judicial en un proceso pendiente, con un problema vivo y la supervivencia de la norma cuestionada aunque sólo fuere para esa particular controversia» (STC 385/1993, de 23 de diciembre, FJ 2; en igual sentido, SSTC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 2; y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 3, entre otras).

En este caso, dejando a un lado todo automatismo, hay que confirmar que las tachas de inconstitucionalidad que se atribuyen a los preceptos cuestionados deben valorarse de acuerdo con lo que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid establecía en el momento en que recayó la resolución sancionadora que se discute en el proceso *a quo*, pues en el mismo se plantea la validez de la norma legal tipificadora de la infracción apreciada y de su correspondiente sanción, aspectos ambos de la norma legal que, como señalan el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado, hay que examinar en relación con el momento de la comisión de los hechos a los que aquélla se aplica.

En conclusión, debemos determinar si los arts. 10.1 y 11.1 c) de la Ley 4/1994 vulneran los arts. 149.1.13 y 149.3 CE, tomando en consideración lo establecido en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por la Ley Orgánica 3/1983.

6. Entrando ya en el examen de fondo de los motivos de inconstitucionalidad que se atribuyen a los preceptos cuestionados, apreciaremos, en primer lugar, si la Comunidad de Madrid tenía, en el momento apuntado, competencia para establecerlos, puesto que el Auto de promoción cuestiona dicha competencia y aduce por ello la vulneración del art. 149.3 CE, que prevé, a este respecto, que «la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado».

Como se ha expuesto el Auto del órgano judicial cuestionante señala que la regulación de los horarios de apertura y cierre de los establecimientos comerciales constituye un aspecto propio de la materia de «comercio interior», sin que pueda ser incardinada en las materias relativas al «fomento del desarrollo económico dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional» o a la «ordenación y planificación de la actividad económica regional» (arts. 26.11 y 27.4 EAM), según proclama el Preámbulo de la Ley 4/1994, puesto que la aludida incardinación en la materia de «comercio interior» de los horarios comerciales ha sido realizada por el Tribunal Constitucional en abundante jurisprudencia.

Del mismo planteamiento participan el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado.

El Letrado de la Comunidad Autónoma de Madrid, por su parte, manifiesta que la Ley 4/1994 constituye normativa de desarrollo de lo establecido en el Real Decreto-ley 22/1993, de 29 de diciembre, por el que se establecen las bases para la regulación de los horarios comerciales, norma básica dictada al amparo del art. 149.1.13 CE que atribuye a todas las Comunidades Autónomas, sin distinción (art. 1), el desarrollo de sus prescripciones. Partiendo de esta previsión normativa y del criterio de que otras competencias de la Comunidad de Madrid, en concreto las previstas en los antes citados arts. 26.11 y 27.4 EAM, pueden concurrir en esta materia, concluye que la Ley 4/1994 ha sido dictada en el ámbito propio de las competencias de la Comunidad de Madrid.

7. Una vez expuestas las distintas posiciones de las partes que comparecen en este proceso procede que encuadremos los preceptos cuestionados en la materia que le sea propia dentro del sistema de distribución de competencias que se contiene en la Constitución y en el correspondiente Estatuto de Autonomía, en este caso, el de la Comunidad de Madrid aprobado por Ley Orgánica 3/1983.

Los preceptos cuestionados, antes reproducidos, regulan una infracción muy grave y su correspondiente sanción en materia de horarios de establecimientos comerciales. Pues bien, como se recoge en el Auto de planteamiento de la cuestión, nos hemos pronunciado con reiteración acerca del encuadramiento competencial de dicha normativa, ubicándola en la materia de comercio

interior (SSTC 225/1993, de 8 de julio, FJ 2; 228/1993, de 9 de julio, FJ 2; 264/1993, de 22 de julio, FJ 3; 284/1993, de 30 de septiembre, FJ 4; y 124/2003, de 19 de junio, FFJJ 11 y 14).

A partir de este encuadramiento material hemos dicho en la STC 284/1993, de 30 de septiembre, que sobre el «comercio interior» pueden incidir las competencias básicas del Estado previstas en el art. 149.1.13 CE, «si bien cada Comunidad Autónoma, dentro de su ámbito territorial, podrá ejercer las competencias de desarrollo normativo y/o ejecución, según lo establecido en el respectivo Estatuto en materia de comercio interior» [STC 284/1993, de 30 de septiembre, FJ 4 a), con remisión a la STC 225/1993, de 8 de julio].

Por tanto, de acuerdo con esta doctrina y con la complementaria que señala que las competencias sancionadoras se incardinan en la materia sustantiva que le es propia (por todas, STC 124/2003, de 19 de junio, FJ 8, con cita de las SSTC 48/1988, de 22 de marzo, FJ 25, 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 29, y 96/1996, de 30 de mayo, FJ 7), es obvio que la Comunidad de Madrid carecía en el momento de la aprobación de la Ley 4/1994 y de la imposición de la sanción que se discute en el proceso *a quo* de la competencia normativa necesaria para dictar válidamente las normas que se cuestionan, pues el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid sólo atribuía entonces a la Comunidad la competencia de ejecución en dicha materia (art. 28.3 EAM).

En suma, los preceptos examinados han excedido de la competencia contenida en el aludido precepto estatutario, vulnerando con ello el art. 149.3 CE, que atribuye al Estado las competencias no asumidas por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos.

En consecuencia los arts. 10.1 y 11.1 c) de la Ley 4/1994 resultaban inconstitucionales por razones de orden competencial tanto en el momento en que se dictaron como en el del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

La conclusión alcanzada hace innecesario valorar si los preceptos cuestionados infringen el art. 149.1.13 CE.

8. Llegados a este punto es necesario precisar el alcance que tiene el juicio de inconstitucionalidad que hemos emitido. La necesidad de concretar el alcance de nuestra resolución se sustenta en un doble orden de consideraciones. De un lado, en el hecho de que en buen número de ocasiones los motivos de inconstitucionalidad de la Ley que se plantean a este Tribunal se sustentan en su inadecuación al orden de competencias contenido en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía. Y, de otro, en la doctrina de este Tribunal sobre el distinto canon de enjuiciamiento existente para los recursos de inconstitucionalidad sustentados en motivos de naturaleza competencial y para las cuestiones de inconstitucionalidad.

En el caso que ahora se nos ha suscitado hemos concluido que los arts. 10.1 y 11.1 c) de la Ley 4/1994 son inconstitucionales por el hecho de que la Comunidad de Madrid carecía de competencias normativas en materia de «comercio interior» en el momento en que se adoptó la resolución sancionadora en el proceso *a quo*, criterio que se deriva de que, según hemos expuesto en el precedente fundamento jurídico 5, el canon normativo de enjuiciamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad es el del momento en que recae la resolución discutida en el aludido proceso, toda vez que el órgano judicial necesita que este Tribunal le proporcione una respuesta relativa a la constitucionalidad de la Ley que aquel órgano consideró aplicable al caso cuando se suscitó la cuestión y no la que pudiera corresponder a un momento posterior.

Partiendo de estos datos debemos confirmar la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 10.1 y 11.1 c) de la Ley 4/1994, con el efecto de su inaplicabilidad por el

órgano judicial en el proceso *a quo*, de acuerdo con todo lo razonado en los fundamentos jurídicos precedentes.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Declarar inadmisibile la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, planteada con carácter general respecto a la totalidad de la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, de 6 de junio, de calendario de horarios comerciales, salvo en lo relativo a sus arts. 10.1 y 11.1 c).

2.º Estimar la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 10.1 y 11.1 c) de dicha Ley 4/1994.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil cuatro.—María Emilia Casas Baamonde.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Elisa Pérez Vera.—Eugenio Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 22 de diciembre de 2004, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3066/99

Con el respeto que siempre me merecen las Sentencias aprobadas por la mayoría del Tribunal y la sincera consideración personal hacia los Magistrados cuyas opiniones no comparto, y ejercitando el derecho establecido en el art. 90.2 LOTC, expreso por este Voto particular mi discrepancia parcial con la Sentencia estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad en el único extremo de la misma atinente a la fijación del alcance del juicio de inconstitucionalidad, contenido en el fundamento jurídico 8, y a su consecuente repercusión en el fallo.

Comparto, sin embargo, plenamente los fundamentos jurídicos 1 a 7 inclusive y el fallo en su concreto contenido de declaración de inconstitucionalidad de los arts. 10.1 y 11.1 c) de la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994.

1. Mi discrepancia se basa en la observación de que en el referido fundamento jurídico 8 de la Sentencia se elude la aplicación estricta del art. 39.1 de nuestra Ley Orgánica, que, como es bien sabido, dispone que «cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados», declaración de nulidad que en este caso se omite, sin dar, a mi juicio, una justificación suficiente de la omisión, arbitrando en sustitución de la declaración de nulidad una declaración de inaplicabilidad al caso de la norma cuestionada, que es, creo, solución absolutamente novedosa en nuestra doctrina, y que, por serlo, reclamaba una explicación más completa de su razón de ser que la muy escueta, y, a mi juicio escasamente expresiva, del fundamento jurídico cuestionado.

2. El fundamento jurídico del que disiento comienza expresando la razón de la necesidad de precisar el alcance del juicio de constitucionalidad en el doble orden de consideraciones que en él se expresa; pero no desarrolla cuáles pudieran ser las consecuencias derivadas de cada una de esas consideraciones en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad.

Y así, en cuanto a que el motivo de inconstitucionalidad sea de índole competencial, se apunta simplemente; pero sin el complementario desarrollo argumental, que la situación de competencia de la Comunidad Autónoma de Madrid en el momento del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no subsiste en el momento actual, extremo que queda expresado en el fundamento jurídico 5, al resolver sobre la subsistencia del objeto del proceso, dada la modificación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid por la Ley Orgánica 5/1998.

Y en cuanto al distinto canon de enjuiciamiento de las cuestiones y de los recursos de inconstitucionalidad tampoco se desarrolla argumentalmente cuál fuera en el caso la consecuencia de ese diferente canon en orden a la declaración de nulidad del precepto cuestionado por uno u otro cauce procesal, que es, creo, el elemento problemático suscitado en el proceso.

Parece sugerirse, aunque sin afirmarlo expresamente, que la consecuencia de la aplicación del canon de enjuiciamiento correspondiente a las cuestiones de inconstitucionalidad (el de referencia a la normativa vigente en el momento de planteamiento de la cuestión) sería la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos legales cuestionados. Mientras que la consecuencia de la aplicación del canon de enjuiciamiento de los recursos de inconstitucionalidad (atención a la normativa vigente en el momento de resolver el recurso) sería la de la declaración de constitucionalidad de dichos preceptos por el cambio de las competencias de la Comunidad de Madrid, por la reforma producida por la Ley Orgánica 5/1998.

3. Dando por sentado que ese sea el pensamiento subyacente al fundamento jurídico 8, considero que es constitucionalmente inaceptable que la nulidad o validez de unos preceptos legales, su expulsión o no del ordenamiento jurídico, dependan del cauce procesal a través del que hayan sido impugnados, y que lo lógico es que la consecuencia de ambos procesos debe ser la misma.

Ahora bien, dado ese presupuesto de partida, la alternativa es, o bien la de alterar el régimen de la solución de la cuestión de inconstitucionalidad, para acoplarlo al de los recursos de inconstitucionalidad, en los que es doctrina consolidada la de utilizar como canon de enjuiciamiento de la Ley recurrida la normativa vigente en el momento de su decisión (y no la del momento de interposición); o bien, a la inversa, acoplar el régimen de la solución de los recursos de inconstitucionalidad, al de las cuestiones de inconstitucionalidad, (atención al momento de planteamiento), corrigiendo en estos el criterio consolidado en nuestra jurisprudencia.

En esa alternativa aquí hemos optado por el primer término, lo que sin duda tiene una transcendencia jurisprudencial de la más subida importancia; pero lo hemos hecho sin la inexcusable justificación argumental, y ni tan siquiera ajustándonos a la solución de los recursos de inconstitucionalidad.

4. En efecto, en los recursos de inconstitucionalidad la aplicación del canon de enjuiciamiento habitualmente utilizado en nuestra jurisprudencia conduce, no a la declaración de inconstitucionalidad sin consecuente nulidad, sino a la desestimación del recurso; esto es, al reconocimiento de la constitucionalidad de la norma.

En el caso actual, sin embargo, se llega a una solución distinta, cual es la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad sin declaración de nulidad, sustituyendo esa elusión de la declaración de nulidad (no por cierto en el fallo, sino en el fundamento jurídico 8) por la inaplicabilidad de los preceptos cuestionados en el proceso *a quo*.

No se equiparan, pues, las soluciones de los dos tipos de procesos (el de la cuestión de inconstitucionalidad y el del recurso de inconstitucionalidad), sino que se crea una solución específica para el de la cuestión de inconstitucionalidad (cuando en el tiempo transcurrido entre su plan-

teamiento y su solución ha cambiado el régimen competencial de la Comunidad Autónoma concernida). Y ello se hace de un modo que considero casi apodíctico, y como tal no compartible por mí, introduciendo sin la fundamentación precisa una innovación jurisprudencial del más hondo calado.

En la alternativa antes indicada, y dado lo dispuesto en el art. 39.2 LOTC, entiendo que lo cuestionable es, más que nuestra doctrina sobre las cuestiones de inconstitucionalidad, la que hemos establecido respecto de los recursos de inconstitucionalidad en los casos de ius superveniens, que es, a mi juicio, la que debiéramos revisar, para evitar la inconveniencia de que la solución de inconstitucionalidad fuera distinta en las cuestiones de inconstitucionalidad y en los recursos. Mas como es en esta segunda vertiente en la que, en mi criterio, debía operar la revisión de nuestra doctrina, y en el caso actual no nos encontramos en un recurso, no me parece adecuado afrontar ahora tal reto. Basta con considerar que nos hallamos ante una cuestión de inconstitucionalidad, para llegar a la conclusión de que con arreglo al canon de enjuiciamiento aplicable en las mismas, al que se refiere el fundamento jurídico 5 de la Sentencia, y dado lo dispuesto en el art. 39.2 LOTC, la declaración de inconstitucionalidad debiera llevar aparejada la consecuente declaración de nulidad de los preceptos cuestionados, solución que sostengo en este mi Voto particular.

Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil cuatro.—
Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

1072 *Pleno. Sentencia 255/2004, de 23 de diciembre. Cuestiones de inconstitucionalidad 6/95 y 4476/97 (acumuladas). Planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el art. 19.2 b) de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, redactado por la Ley 48/1985, de 27 de diciembre.*

Vulneración del principio de igualdad tributaria: deducción variable y otros aspectos del trato fiscal de las rentas abonadas y percibidas entre miembros de la unidad familiar (STC 146/1994). Nulidad de precepto estatal.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 6/95 y 4476/97, planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el art. 19.2 b) de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, en la redacción dada por la Ley 48/1985, de 27 de diciembre, por posible vulneración del art. 14, en

relación con el 31, ambos de la Constitución. Han intervenido el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado de entrada en este Tribunal el día 3 de enero de 1995, el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco remite Auto de dicha Sala de 26 de diciembre de 1994 dictado en el recurso contencioso-administrativo núm. 3053/92, acompañado de testimonio de las correspondientes actuaciones, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 19.2 b) de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

2. Los antecedentes de hecho que dieron lugar al planteamiento de la cuestión son los siguientes:

a) Don Sabino Gallarzagaitia Bolumburu, médico de profesión, ejercía una actividad económica en la que colaboraba su cónyuge, doña Ana Rosa Rincón Gutiérrez, primero como trabajadora por cuenta ajena, con contrato laboral y alta en la Seguridad Social en el régimen general, percibiendo una retribución de 150.000 pesetas (901,52 €), y después, al obtener el título de odontóloga (causando baja en el régimen general de la Seguridad Social), como colaboradora profesional (dándose de alta como médico en la licencia fiscal), obteniendo unos ingresos de 1.543.000 pesetas (9.273,62 €). En el plazo correspondiente presentaron una declaración conjunta en concepto de impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondiente al ejercicio 1989, con un resultado negativo –a devolver– de 129.646 pesetas (779,19 €). La Administración de Tributos Directos de la Hacienda foral les practicó una liquidación provisional –paralela– en la que suprimía, en la base imponible, como deducción de la actividad económica, los gastos de personal correspondientes a las rentas abonadas al cónyuge (primero como trabajadora asalariada y luego como colaboradora), a quien, a su vez, dejaba de computárselos como rendimientos propios, para, posteriormente, suprimir también de la cuota tributaria la deducción variable aplicada, con un resultado final a ingresar de 343.402 pesetas (2.063,89 €). Contra esta liquidación interpuso el Sr. Gallarzagaitia la correspondiente reclamación económico-administrativa (núm. 1044/91) ante el Tribunal Económico-Administrativo Foral de Vizcaya quien, por Resolución con fecha de 9 de julio de 1992, la desestimó.

b) Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (núm. 3053/92), se solicitaba, como pretensión principal, la de que se anulasen los actos administrativos impugnados, con las consiguientes devoluciones de ingresos indebidos, más la cantidad resultante de su autoliquidación, en la que había consignado como gastos deducibles de su actividad profesional, no aceptados como tales por la Administración demandada, los pagos y retenciones efectuados durante el ejercicio en cuestión a su esposa, primero, como empleada, y después, como colaboradora profesional, del consultorio de odontólogo de que era titular el recurrente.

c) Concluso el procedimiento y pendiente de dictarse la correspondiente Sentencia, la Sala acordó, por providencia de 11 de octubre de 1994, oír a las partes y al Ministerio Fiscal, por término común e improrrogable de diez días, a fin de que pudieran alegar lo que estimasen