

B) CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

ESPAÑA

Fernando Amérigo

Universidad Complutense de Madrid

Tribunal Constitucional

Régimen económico

SENTENCIA 207/2013, de 5 de diciembre de 2013

I. Antecedentes

1. El día 9 de julio de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Constitucional un escrito del Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, por el que interponía un recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 7 del artículo único de la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, por la que se da nueva redacción al art. 136 d) de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas locales de Navarra. Según el recurso de inconstitucionalidad, el apartado impugnado incurriría en las siguientes violaciones constitucionales:

a) La violación del art. 96.1 CE: señala a este respecto el Abogado del Estado que la nueva redacción dada al art. 136 d) de la Ley Foral de haciendas locales limita la exención aplicable en la contribución territorial a los bienes tanto de la Iglesia católica como de otras asociaciones no católicas legalmente reconocidas exclusivamente a los “que estén destinados al culto”, restringiendo así la prevista en el art. IV del Acuerdo sobre asuntos económicos suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Gobierno de España y la Santa Sede. Para el Abogado del Estado es indudable que ese acuerdo de 1979 con la Santa Sede (sujeto de derecho con personalidad jurídica y capacidad para celebrar tratados en nombre del Estado vaticano), tiene la naturaleza de un tratado internacional, como así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en la STC/1982, FJ 5, y por tanto, desde su ratificación y posterior publicación en el “BOE”, forma parte del ordenamiento interno español, de acuerdo con las previsiones de los arts. 96.1 CE y

1.5 del Código civil, de manera que sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. De esta manera, la restricción normativa efectuada por la nueva redacción dada al art. 136 d) de la Ley Foral de haciendas locales ha supuesto la derogación parcial de una disposición de un tratado internacional que genera un incumplimiento del Estado español.

A juicio del Abogado del Estado, aunque la doctrina del Tribunal Constitucional no haya admitido como parámetro de constitucionalidad las disposiciones contenidas en un tratado internacional, al no corresponderle determinar la compatibilidad o no de un precepto legal con un tratado internacional (SSTC /1983, /1988, /1989, /1990 y /1991), una cosa es concretar la norma aplicable en el caso de que exista una contradicción entre normas con rango de ley (labor hermenéutica que le corresponde a la jurisdicción ordinaria) y otra distinta es la anulación formal de una norma legal a consecuencia de la vulneración en que incurriría si se entendiera que contraviene cláusulas contenidas en tratados internacionales. En el caso que es objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, no se trataría tanto de comparar lo previsto en una ley española (como es la Ley Foral de haciendas locales) con las disposiciones contenidas en un tratado a efectos de valorar cuál debiera prevalecer al caso concreto (labor del Juez ordinario), como de declarar, una vez constatada esa contradicción, cuál de las dos es inconstitucional que, en el caso objeto del proceso, no es otra que la nueva redacción dada al art. 136 d) de la Ley Foral de haciendas locales, por contradecir el art. IV del acuerdo, pues ello conlleva, a su vez, la infracción del art. 96.1 CE. Admitir lo contrario supondría dejar al Estado inerte ante el incumplimiento de lo previsto en los tratados internacionales por parte de las normas con rango de ley aprobadas por las Comunidades Autónomas. Y de acuerdo con el propio Derecho internacional (art. 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados) no le es dado al Estado oponer el cumplimiento u obligatoriedad de una norma de derecho interno, incluso de rango constitucional, para excusar el cumplimiento de lo pactado en un tratado internacional.

Debe declararse, por tanto, a juicio del Abogado del Estado, la inconstitucionalidad del apartado 7 del artículo único de la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas forales de Navarra, por contravenir lo establecido en el art. 96.1 CE.

b) La violación de la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el convenio económico de la Comunidad Foral con el Estado: señala el Abogado del Estado que el art. 2.1 c) de esta norma legal dispone que, en el ejercicio de su potestad tributaria, la Comunidad Foral de Navarra deberá respetar “los tratados o convenios internacionales suscritos por el Estado”. Esta norma forma parte del llamado “bloque de la constitucionalidad” (art. 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC), al ser delimitadora de las competencias del Estado y la Comunidad Foral de Navarra. En este sentido, la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LORAFNA), se remite para la regulación de la actividad tributaria de la Comunidad Foral al sistema de convenio con el Estado, y el art. 48 del citado convenio económico atribuye a la Comunidad Foral, al amparo de la disposición adicional primera de la Constitución, competencias propias en materia de haciendas locales. De esta manera, la contradicción existente en la regulación de la exención prevista entre la norma foral impugnada y el acuerdo con la Santa Sede (tratado internacional suscrito por el Estado) deviene contraria a la Constitución por violar el régimen de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra.

c) La violación de la competencia exclusiva del Estado para las relaciones exteriores (art. 149.1.3 CE): la regulación que hace el art. 136 d) de la Ley Foral de haciendas locales, en lo que a la Iglesia católica concierne, vulnera la competencia exclusiva del Estado para las relaciones exteriores atribuida por el art. 149.1.3 CE. Aunque el art. IV del acuerdo de 1979, por su contenido, es una norma de carácter fiscal, al mismo tiempo es una norma de carácter internacional, lo que conecta la competencia de la Comunidad Foral para ordenar su propia hacienda local con el título competencial estatal relativo a las relaciones exteriores. Sobre este particular se ha manifestado la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de

1987 (en torno a la colisión entre unas normas forales fiscales sobre sociedades y el acuerdo sobre asuntos económicos con la Santa Sede), la cual ha señalado que “[n]os hallamos, como se ve, ante una materia fiscal, es cierto, pero que por las especiales características de las entidades de la Iglesia católica, el Estado español lo ha regulado en virtud de Tratados internacionales, que constituyen materia de su exclusiva competencia, excluyente, por lo tanto, de la de cualquier otro órgano sea éste de la naturaleza que sea, ya que los Tratados internacionales emanan de la soberanía y ésta corresponde únicamente al Estado español. Por ello, si bien el Decreto-Ley ... concedió a la Diputación de Navarra potestad impositiva —y esto se reitera en el art. 45 de la Ley Orgánica de 10 de agosto de 1982, sobre Reintegración y Amejoramiento del Régimen de Navarra, posterior a las normas reglamentarias aquí examinadas— esta potestad no comprende la de aquellas materias que por razón del sujeto pasivo han sido reguladas ya por el Estado español en virtud de un tratado internacional celebrado en virtud de la competencia exclusiva que le concede el art. 149.1.3 de la Constitución, y cuyo tratado, al ser publicado, forma parte automáticamente del ordenamiento interno” (FJ 5).

En consecuencia, para el Abogado del Estado el art. 136 d) de la Ley Foral de haciendas locales, en lo que a la Iglesia católica se refiere, debe ser declarado inconstitucional también por contravenir la competencia estatal exclusiva que le otorga el art. 149.1.3 CE.

d) La violación de la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 149.1.1 CE): por lo que se refiere o afecta a las demás confesiones no católicas, reconocidas o inscritas de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, respecto de las que la nueva redacción dada al art. 136 d) de la Ley Foral de haciendas locales también restringe la exención del pago de las contribuciones territoriales o impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) “a los edificios destinados al culto”, para el Abogado del Estado también aquí la ley autonómica vulnera la competencia estatal para regular una materia que no sólo corresponde al Estado, sino que ya ha sido regulada por las leyes de aprobación de los respectivos acuerdos de cooperación

entre el Estado y las asociaciones o entidades jurídicas representativas de cada confesión religiosa reconocida.

Sobre este particular, toma el Abogado del Estado como ejemplo el art. 11.3 del acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, aprobado por Ley 24/1992, de 10 de noviembre, en el que se declara la exención en el impuesto sobre bienes inmuebles de los locales destinados al culto o a la asistencia religiosa y a la residencia de pastores evangélicos, a oficinas y a seminarios destinados a la formación de ministros de culto. Los otros dos acuerdos de cooperación suscritos por el Estado, con la Federación de Comunidades Israelitas de España, aprobado por Ley 25/1992, de 10 de noviembre, y con la Comisión Islámica de España, aprobado por Ley 26/1992, de 10 de noviembre, contienen en sus respectivos artículos 11.3 la misma exención. Pues bien, el art. 136 d) de la Ley Foral 2/1995 resulta restrictivo en el alcance objetivo de la exención reconocida por estas normas legales.

Para el Abogado del Estado las mencionadas leyes sancionan con rango de ley ordinaria los acuerdos bilaterales alcanzados previamente entre el Estado y las confesiones citadas de conformidad con lo previsto en el art. 16.3 CE y en la Ley Orgánica 7/1980 de libertad religiosa (en adelante, LOLR), cuyo art. 7.1 establece que los acuerdos o convenios de cooperación con las iglesias, confesiones y comunidades religiosas “se aprobarán por Ley de las Cortes Generales”. De esta manera, la ley que aprueba el acuerdo respectivo es una ley paccionada dictada en cumplimiento de lo previsto en los arts. 16.1 CE y 7.1 LOLR. Así, en la medida que las Leyes 24/1992, 25/1992, y 26/1992 se han dictado en ejecución directa e inmediata de lo dispuesto en el art. 7.1 LOLR, y también al amparo de la competencia exclusiva prevista en el art. 149.1.1 CE para la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, no puede afirmarse que aquellas normas legales estatales sólo tengan el mismo alcance territorial que tiene el Estado para regular el régimen tributario de las haciendas locales. Antes al contrario, al tratarse de la regulación del contenido mínimo de un derecho fundamental, como es el derecho a la

libertad religiosa, su regulación y aplicación debe ser igual en todo el territorio del Estado.

En consecuencia, a su juicio, la redacción dada al art. 136 d) de la Ley Foral de haciendas locales por la Ley Foral 10/2013 también es inconstitucional por contravenir el art. 149.1.1 CE, en relación con el art. 7.1 LOLR.

(...)

II. Fundamentos jurídicos

(...)

2. Hechas las precisiones que anteceden, estamos ya en disposición de señalar que, de conformidad con el art. 136 de la Ley Foral 2/1995 de 10 de marzo, por la que se regulan las haciendas locales, en su redacción originaria, disfrutaban de exención en la “contribución territorial” (tributo foral homólogo al impuesto sobre bienes inmuebles aplicado en el resto del territorio nacional), entre otros bienes inmuebles, los de la Iglesia católica y las asociaciones confesionales no católicas, legalmente reconocidas, con las que se estableciesen los acuerdos de cooperación a que se refiere el art. 16 CE, “en los términos del correspondiente acuerdo” [letra d)]. Sin embargo, tras la reforma operada por el apartado 7 del artículo único de la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, con efectos a partir del 1 de enero de 2013, la exención en la contribución territorial queda limitada a los bienes de la Iglesia católica y las asociaciones no católicas, legalmente reconocidas, con las que se establezcan los acuerdos de colaboración a que se refiere el art. 16 CE, “siempre que estén destinados al culto” [letra d)]. De esta manera, la exención prevista en la contribución territorial aplicable en la Comunidad Foral de Navarra (equivalente a la establecida en el impuesto sobre bienes inmuebles para el resto del territorio nacional), pasa de aplicarse en “los términos del correspondiente acuerdo” a sólo aquellos bienes “que estén destinados al culto”.

Antes de entrar a dar respuesta a los vicios de inconstitucionalidad denunciados por el Presidente del Gobierno, es necesario realizar una serie de concreciones previas relativas al alcance y límites de las competencias que, las normas que integran el denominado bloque de

la constitucionalidad a que hace referencia el art. 28.1 LOTC, atribuyen a la Comunidad Foral de Navarra en materia de tributación local. A tal fin, debe comenzarse recordando que, históricamente, si la Ley de 25 de octubre de 1839 dispuso la confirmación de los fueros de las provincias vascongadas y de Navarra (art. 1), la Ley de 16 de agosto de 1841 y el Real Decreto-ley de 4 de noviembre de 1925, de bases para la aplicación del Estatuto municipal en la provincia de Navarra, atribuían a la Diputación provincial de Navarra competencias, en materia de contribuciones, arbitrios o impuestos de todas clases que afectasen a la administración local. A continuación, primero el Real Decreto 1479/1927, de 15 de agosto, por el que se fijaba el nuevo cupo contributivo de Navarra, y luego la Ley de 8 de noviembre de 1941, por la que también se fijaba el nuevo cupo contributivo de Navarra, atribuyeron a la Diputación de Navarra la facultad de mantener y establecer en la provincia el régimen tributario que estimase procedente, siempre que no se opusiese “a los pactos internacionales ... ni a las contribuciones, rentas o impuestos propios del Estado” (disposición general primera del artículo 3, en ambas normas).

Acto seguido, el Decreto-ley 16/1969, de 24 de julio, por el que se fijaba la aportación de Navarra al sostenimiento de las cargas generales de la Nación y se armonizaba su peculiar régimen fiscal con el general del Estado, atribuía a la Diputación de Navarra, en la disposición única de su título preliminar, “amplias facultades para mantener y establecer en la provincia el régimen tributario que estime procedente, siempre que no se oponga a los pactos internacionales, al presente Decreto-ley o a las contribuciones, rentas o impuestos propios del Estado” (apartado 1). Concretamente, en materia de la contribución territorial sobre la riqueza rústica y pecuaria, y sobre la riqueza urbana, correspondía a la Diputación de Navarra, “la regulación y exacción”, dentro de su territorio, de una y otra contribución (art. 1.1, y art. 2, respectivamente, del título primero).

En la actualidad, la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (en lo sucesivo, LORAFNA), establece que “[e]n virtud de su régimen foral, la actividad tributaria y financiera de Navarra se regulará por el sistema tradicional del Convenio Económico” (art. 45.1 LORAFNA),

en el que se determinarán “los criterios de armonización de su régimen tributario con el régimen general del Estado” (art. 45.2 LORAFNA). No obstante esta remisión, precisa que “Navarra tiene potestad para mantener, establecer y regular su propio régimen tributario, sin perjuicio de lo dispuesto en el correspondiente Convenio Económico que deberá respetar los principios contenidos en el Título Preliminar del Convenio Económico de 1969” (art. 45.3 LORAFNA), entre los cuales se encuentra, que la Diputación de Navarra “tendrá amplias facultades para mantener y establecer en la provincia el régimen tributario que estime procedente, siempre que no se oponga a los pactos internacionales, al presente Decreto-ley o a las contribuciones, rentas o impuestos propios del Estado” (apartado 1 de la disposición única del título preliminar de ese Decreto-ley 16/1969, de 24 de julio). Además, en materia de administración local, corresponden a Navarra “[l]as facultades y competencias que actualmente ostenta, al amparo de lo establecido en la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841, en el Real Decreto-Ley Paccionado de 4 de noviembre de 1925 y disposiciones complementarias” [art. 46.1 a) LORAFNA].

En desarrollo de la anterior Ley Orgánica se dictó la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el convenio económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, luego modificado por la Ley 25/2003, de 15 de julio, conforme al cual, aunque Navarra “tiene potestad para mantener, establecer y regular su propio régimen tributario” (art. 1 de la Ley del convenio), deberá respetar “[l]os criterios de armonización de régimen tributario de Navarra con el régimen general del Estado establecidos en este Convenio Económico” [art. 2.1 a), siempre de la Ley del convenio], “[l]as competencias que, conforme a lo dispuesto en el presente Convenio Económico, corresponden al Estado” [art. 2.1 b)], así como “[l]os Tratados o Convenios internacionales suscritos por el Estado, en especial los firmados para evitar la doble imposición, así como las normas de armonización fiscal de la Unión Europea” [art. 2.1 c)]. Eso sí, “[el] Estado arbitrará los mecanismos que permitan la colaboración de la Comunidad Foral de Navarra en los Acuerdos internacionales que incidan en la aplicación del presente Convenio Económico” (art. 5.2). Finalmente, respecto de las competencias en materia de

haciendas locales, “[c]orresponden a la Comunidad Foral en materia de haciendas locales las facultades y competencias que ostenta al amparo de lo establecido en la Ley Paccionada, de 16 de agosto de 1841, en el Real Decreto-Ley Paccionado, de 4 de noviembre de 1925, y demás disposiciones complementarias” (art. 48). Más concretamente, “corresponde a las Haciendas Locales de Navarra la exacción” de los tributos “que recaigan sobre bienes inmuebles sitos en Navarra” [art. 49 a)].

De conformidad con lo anterior, al disponer la Comunidad Foral de Navarra de un sistema tributario propio en coordinación con el del Estado [STC/2012, de 14 de noviembre, FJ 4 b)], su Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas locales de Navarra, pretendió “establecer una imposición propia de las entidades locales que viene a armonizarse con el nuevo sistema tributario más simplificado de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre” (apartado IV de su exposición de motivos). A tal fin, previó la contribución territorial como un “tributo directo de carácter real que grava el valor de los bienes inmuebles” (art. 133), en el que declaraban expresamente exentos los bienes “de la Iglesia Católica y las Asociaciones Confesionales no católicas, legalmente reconocidas, con las que se establezcan los acuerdos de cooperación a que se refiere el artículo 16 de la Constitución Española, en los términos del correspondiente acuerdo” [art. 136 d)]. Ha sido, entonces, la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas locales de Navarra, la que ahora ha limitado la exención a los bienes “de la iglesia católica y las asociaciones no católicas, legalmente reconocidas, con las que se establezcan los acuerdos de colaboración a que se refiere el artículo 16 de la Constitución Española, y siempre que estén destinados al culto” [art. 136 d)], sin que aparezca razón alguna en su exposición de motivos que justifique este cambio.

De lo que antecede se pueden extraer dos conclusiones. La primera, que el régimen tributario de Navarra se rige por el sistema tradicional del convenio económico conforme al cual puede establecer su propio régimen tributario pero respetando los criterios de armonización con el Estado establecidos en el propio convenio económico, además de las competencias que correspondan al Estado conforme al propio convenio, así como los tratados internacionales suscritos por el

Estado. En efecto, la disposición adicional primera de la Constitución permite que Navarra pueda mantener una serie de competencias que históricamente le hubiere correspondido, siempre que hayan sido asumidas por la norma estatutaria [por todas, STC /2012, de 14 de noviembre, FJ 4 a)], norma que en el caso de Navarra es la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral, y que forma parte integrante del bloque de la constitucionalidad (art. 28 LOTC) al delimitar “el ámbito competencial de la Comunidad Foral” [STC /2012, de 14 de noviembre, FJ 4 a)]. Pues bien, puesto que la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, se remite en la regulación de la actividad tributaria Navarra al sistema tradicional de convenio económico (art. 45.1 LORAFNA), dicho convenio, que ha sido regulado por la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, exige que el sistema tributario propio de Navarra respete los tratados o convenios internacionales suscritos por el Estado, sin excepción, y especialmente, los firmados para evitar la doble imposición [arts. 45.3 LORAFNA y 2.1 c) de la Ley del convenio].

La segunda conclusión permite afirmar que en materia de tributos locales la Comunidad Foral de Navarra tiene competencias, dentro de su territorio, para la regulación y exacción de la contribución territorial (el impuesto sobre bienes inmuebles del territorio común), pero sin oponerse a los pactos internacionales, a la Ley del convenio, ni a los tributos del Estado. Dicho de otro modo, la garantía constitucional de la foralidad “implica la posibilidad de que la Comunidad Foral disponga de un sistema tributario propio, si bien en coordinación con el del Estado”, razón por la cual “debe ser acordado previamente con el Estado”, de manera que “[I]a Comunidad Foral tiene así un plus de participación en la delimitación del sistema, pero no le es dado decidir unilateralmente sobre su contenido” [STC /2012, de 14 de noviembre, FJ 4 b); y en sentido parecido STC /2006, de 11 de mayo, FJ 7].

3. Con carácter previo a la resolución de las cuestiones que se plantean en el presente proceso constitucional, es necesario recordar que la Constitución obliga a los poderes públicos, teniendo en cuenta “las creencias religiosas de la sociedad española”, a mantener “las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las

demás confesiones” (art. 16.3). Por su parte, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, prevé, de un lado, la posibilidad de que el Estado establezca acuerdos o convenios de cooperación con determinadas iglesias, confesiones y comunidades religiosas acuerdos, que “se aprobarán por Ley de las Cortes Generales” (art. 7.1), y, de otro, que “se podrá extender a dichas Iglesias, Confesiones y Comunidades los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico general para las Entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico” (art. 7.2). A tal fin, aparte de la Iglesia católica, que está reconocida expresamente en el citado art. 16.3 del texto constitucional y con la que se ha firmado entre el Estado español y la Santa Sede un Acuerdo sobre asuntos económicos de 3 de enero de 1979, existen en la actualidad en España tres confesiones religiosas con las que el Estado ha firmado acuerdos de cooperación: con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (Ley 24/1992, de 10 de noviembre), con la Federación de Comunidades Israelitas de España (Ley 25/1992, de 10 de noviembre) y con la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992, de 10 de noviembre).

El Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos económicos de 3 de enero de 1979, recoge, en lo que ahora interesa, dos exenciones diferentes. De un lado, prevé en la letra A de su artículo IV para “[l]a Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las diócesis, las parroquias y otras circunscripciones religiosas y los Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas” una exención total y permanente de la contribución territorial urbana de los siguientes inmuebles: 1) Los templos y capillas destinados al culto, y asimismo, sus dependencias o edificios y locales anejos destinados a la actividad pastoral; 2) Los locales destinados a oficinas, la curia diocesana y a oficinas parroquiales; 4) Los seminarios destinados a la formación del clero diocesano y religioso y las universidades eclesiásticas en tanto en cuanto impartan enseñanzas propias de disciplinas eclesiásticas; 5) Los edificios destinados primordialmente a casas o conventos de las órdenes, congregaciones religiosas e institutos de vida consagrada. Y a renglón seguido, su artículo V señala que “[l]as asociaciones y entidades religiosas no comprendidas entre las enumeradas en el artículo IV residencia de los Obispos, de los Canónigos y de los Sacerdotes con cura de almas; 3) Los de este

Acuerdo y que se dediquen a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas u hospitalarias o de asistencia social tendrán derecho a los beneficios fiscales que el ordenamiento jurídico-tributario del Estado español prevé para las entidades sin fin de lucro y, en todo caso, los que se conceden a las entidades benéfico privadas” (en particular, los previstos en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo).

Por su parte, la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, así como la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, recogen todas las exenciones en el impuesto sobre bienes inmuebles de los bienes inmuebles de los que sean titulares estas confesiones religiosas. Concretamente, la exención alcanza, respecto de las iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, a los lugares de culto y sus dependencias o edificios y locales anejos, destinados al culto o a la asistencia religiosa y a la residencia de pastores evangélicos [art. 11.3.A a)], a los locales destinados a oficinas de las iglesias pertenecientes a la Federación citada [art. 11.3.A b)], así como a los seminarios destinados a la formación de ministros de culto, cuando impartan únicamente enseñanzas propias de las disciplinas eclesíásticas [art. 11.3.A c)]. Con relación a las comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas, a los lugares de culto y sus dependencias o edificios y locales anejos, destinados al culto o a la asistencia religiosa [art. 11.3.A a)], a los locales destinados a oficinas de las comunidades pertenecientes a dicha Federación [art. 11.3.A b)], así como los centros destinados a la formación de ministros de culto, cuando impartan únicamente enseñanzas propias de su misión rabínica [art. 11.3.A c)]. Y, en fin, con referencia a la Comisión Islámica de España, así como a sus comunidades miembros, a las mezquitas o lugares de culto y a sus dependencias o edificios y locales anejos, destinados al culto, asistencia religiosa islámica, residencia de imanes y dirigentes

religiosos islámicos [art. 11.3.A a)], a los locales destinados a oficinas de las comunidades pertenecientes a la Comisión [art. 11.3.A b)], así como a los centros destinados únicamente a la formación de imanes y dirigentes religiosos islámicos [art. 11.3.A c)]. También a renglón seguido, cada una de las normas legales reguladoras de los acuerdos de cooperación prevén que las asociaciones y entidades creadas y gestionadas por cada una de esas confesiones “que se dediquen a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas [y/u] hospitalarias o de asistencia social, tendrán derecho a los beneficios fiscales que el ordenamiento jurídico-tributario del Estado prevea en cada momento para las entidades sin fin de lucro y, en todo caso, a los que se conceden a las entidades benéfico privadas” (art. 11.5, de cada una de las normas legales citadas).

4. Hechas las precisiones que anteceden, ya estamos en disposición de dar respuesta a los vicios de inconstitucionalidad que el Abogado del Estado, en representación del Presidente de Gobierno, imputa al apartado 7 del artículo único de la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas locales de Navarra. A tal fin, vamos a analizar las dudas de constitucionalidad puestas en conocimiento de este Tribunal, como hace el recurso de inconstitucionalidad, primero desde la perspectiva de la exención aplicable a los bienes de la Iglesia católica.

a) Considera el Abogado del Estado, en primer lugar, que el apartado impugnado, al limitar la exención aplicable en la contribución territorial exclusivamente a los bienes de la Iglesia católica “que estén destinados al culto” está desconociendo lo previsto en un tratado internacional que forma parte de nuestro ordenamiento interno (el acuerdo sobre asuntos económicos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979), con vulneración del art. 96.1 CE. Por su parte, señala la Letrada del Parlamento de Navarra que, no sólo la Comunidad Foral de Navarra ostenta competencias plenas y exclusivas para regular el régimen tributario de las haciendas locales de Navarra, sin más límites que los establecidos en el art. 46 LORAFNA, sino que, además, los tratados internacionales no forman parte del denominado “bloque de constitucionalidad” y, por tanto, no pueden ser esgrimidos como parámetro suficiente para determinar la constitucionalidad de las leyes o de las normas con rango de ley.

Sobre este particular, hay que afirmar que cuando la Ley Foral 10/2013, de 12 de diciembre, limita la exención aplicable en la contribución territorial exclusivamente a los bienes de la Iglesia católica “que estén destinados al culto”, está adoptando una decisión que contradice abiertamente lo dispuesto en el art. IV del Acuerdo sobre asuntos económicos suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Gobierno de España y la Santa Sede. Este acuerdo tiene rango de tratado internacional (STC/1982, de 12 de noviembre, FJ 5), siendo “una norma con rango de Ley” (STC/1990, de 20 de marzo, FJ 7; y ATC /1989, de 2 de octubre, FJ 2) que, en virtud de lo dispuesto en el art. 96 CE, “forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno” (STC /1991, de 3 de octubre, FJ 1; y ATC /1989, de 2 de octubre, FJ 2). Ahora bien, puesto que lo controvertido es “la adecuación de una norma legal a lo preceptuado por el tratado” (STC /1988, de 22 de marzo, FJ 14), debe recordarse, como señala la Letrada del Parlamento de Navarra, que “la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas, y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional” (STC /1991, de 14 de febrero, FJ 5), sino que “como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, debe ser resuelto por los órganos judiciales en los litigios de que conozcan” (SSC/1993, de 31 de mayo, FJ 3; y en sentido similar, STC /2000, de 10 de abril, FJ 7), “en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 de la Constitución” (SSTC /2000, de 27 de marzo, FJ 5; y/2005, de 10 de noviembre, FJ 3), razón por la cual, desde esta perspectiva, “no puede considerarse vulnerado el art. 96.1 de la Constitución” (STC /1988, de 22 de marzo, FJ 14).

En consecuencia, desde la estricta perspectiva constitucional que nos corresponde, debe rechazarse la invocada vulneración del art. 96.1 CE por el apartado 7 del artículo único de la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley Foral, 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas forales de Navarra.

b) Imputa el Abogado del Estado al apartado impugnado, en segundo lugar, la violación del art. 2.1 c) de la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el convenio económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, conforme al cual, la

Comunidad Foral de Navarra, en el ejercicio de su potestad tributaria, deberá respetar “los tratados o convenios internacionales suscritos por el Estado”, norma que, según señala, forma parte del “bloque de la constitucionalidad” y cuyo desconocimiento hace que el precepto impugnado resulte contrario a la Constitución por violar el régimen de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra. Considera la Letrada del Parlamento de Navarra, por su parte, que el citado precepto sólo se aplica a los tributos establecidos por la Comunidad Foral, convenidos o no, pero que no se refieran a las haciendas locales, pues sólo respecto de aquéllos se entiende esa previsión.

Sobre este particular, no cabe duda alguna en afirmar que, como ya se ha dicho, la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra forma parte del denominado “bloque de constitucionalidad”, pues se trata de una norma que, conforme al art. 28 LOTC, se ha dictado, dentro del marco constitucional, para delimitar las competencias del Estado y de la Comunidad Foral de Navarra. No hay que olvidar que Navarra se configura dentro de ese marco constitucional “como una Comunidad Autónoma”, respecto de la que la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento de su régimen foral, se erige como una norma equivalente a un Estatuto de Autonomía [SSTC /1984, de 6 de febrero, FJ 3; y /2012, de 14 de noviembre, FJ 4 a)].

Dicho lo que antecede, debe señalarse a renglón seguido que la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, desconoce lo establecido en el art. 45.3 de Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra, que atribuye a Navarra la potestad de mantener un régimen tributario propio, pero respetando lo previsto en el título preliminar del Decreto-ley 16/1969, de 24 de julio, por el que se fijaba la aportación de Navarra al sostenimiento de las cargas generales de la Nación y se armonizaba su peculiar régimen fiscal con el general del Estado, que atribuía a la Diputación de Navarra la potestad de mantener un régimen tributario propio siempre que no se opusiese “a los pactos internacionales” o a “las contribuciones, rentas o impuestos propios del Estado” (apartado 1 de la disposición única). Pero no sólo eso sino que desconoce igualmente lo dispuesto el art. 2.1 de la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la

que se aprueba el convenio económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, que igualmente autoriza a Navarra a mantener su propio régimen tributario (art. 1), pero respetando lo previsto en “[l]os Tratados o Convenios internacionales suscritos por el Estado” [letra c)], sin que pueda aceptarse la afirmación de la Letrada del Parlamento de Navarra conforme a la cual este precepto no sería de aplicación a los tributos locales, pues dicha afirmación no sólo carece de fundamento alguno, sino que contradice abiertamente lo que hasta la fecha de la modificación operada ha sido un rasgo histórico del régimen tributario navarro, por lo menos, desde el Real Decreto 1479/1927, de 15 de agosto, el cual, tras reconocer a la Diputación de Navarra, no en cualquier materia, sino en la local, conforme al Real Decreto-ley de 4 de noviembre de 1925, amplias facultades para mantener y establecer su propio régimen tributario, lo sometía, en todo caso y en lo que ahora interesa, a lo dispuesto en “los pactos internacionales” (disposición primera del artículo tercero).

Lo expuesto conduce a declarar la inconstitucionalidad y nulidad del apartado 7 del artículo único de la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas locales de Navarra, en lo que a la aplicación a la Iglesia católica se refiere, por violación del art. 45.3 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra, en relación con el art. 2.1 c) de la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el convenio económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra.

c) En último lugar, atribuye también el Abogado del Estado al apartado impugnado la violación de la competencia exclusiva del Estado para las relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE). Ahora bien, puesto que el apartado impugnado, en su aplicación a la Iglesia católica ya ha sido declarado inconstitucional, aquí debe terminar nuestro enjuiciamiento del mismo desde la perspectiva citada.

5. La última vulneración que le imputa el Abogado del Estado al apartado 7 del artículo único de la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas locales de Navarra, lo es desde la perspectiva de la exención aplicable a los bienes de las otras confesiones religiosas reconocidas en España

con las que se han firmado acuerdos de cooperación, al considerar que desconoce la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa del art. 149.1.1 CE, puesto en conexión con el art. 16.3 CE y con el art. 7.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa. Sobre este particular, la Letrada del Parlamento de Navarra insiste en que el Estado no puede asumir obligaciones con las distintas comunidades religiosas con consecuencias en la Comunidad Foral de Navarra, porque carece de competencia alguna para interferir en la regulación del régimen de las haciendas locales de Navarra.

a) Cuando nos encontramos ante un derecho fundamental o libertad pública nos situamos ante una materia cuya regulación está reservada a la ley (art. 53.1 CE), de carácter orgánico en lo que a su desarrollo básico se refiere (art. 81.1 CE). Además, cuando de lo que se trata es de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad tanto en el contenido primario del derecho como en su ejercicio entra en juego la competencia exclusiva del Estado prevista en el art. 149.1.1 CE, que, como “título competencial autónomo” (STC /2012, de 17 de octubre, FJ 4) “se proyecta de un modo genérico sobre todos los derechos fundamentales” (STC/2001, de 20 de septiembre, FJ 6; y/2012, de 24 de mayo, FJ 5). Y se proyecta para garantizar su contenido esencial o primario (SSTC /1997, de 20 de marzo, FJ 7; y/2007, de 12 de diciembre, FJ 17), sin que la regulación estatal pueda suponer “una normación completa y acabada” del derecho de que se trate, “pudiendo las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencia sobre la materia, aprobar normas atinentes” a su régimen jurídico (SSTC /2012, de 17 de octubre, FJ 4; y/2013, de 17 de enero, FJ 8). Ahora bien, aquel título competencial no sólo se proyecta sobre las condiciones básicas “que afectan a su contenido primario”, a sus “posiciones jurídicas fundamentales”, sino también sobre los “criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas”, que sean “absolutamente necesarios para asegurar la igualdad en el ejercicio del derecho” (SSTC /2012, de 17 de octubre, FJ 4; y/2013, de 17 de enero, FJ 8), tales como el “ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho”, las “condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho” o “el marco organizativo que posibilita el ejercicio mismo del derecho”

(STC /1997, de 20 de marzo, FJ 8), teniendo a tal fin el legislador estatal “un cierto margen de apreciación en cuanto a la fijación inicial de las condiciones que, por su carácter de básicas, deben ser objeto de ordenación uniforme en todo el territorio nacional” (STC /1988, de 21 de julio, FJ 3).

Así sucede con el derecho fundamental a la libertad religiosa consagrado en la Constitución, que no sólo garantiza la libertad religiosa y de culto de los individuos y las comunidades (art. 16.1), sino también, conforme al cual, y sin perjuicio de la neutralidad religiosa del Estado ínsita en su aconfesionalidad, se impone un mandato dirigido a todos los poderes públicos para mantener relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones (art. 16.3), que “exige de los poderes públicos una actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa” (SSTC /2001, de 15 de febrero, FJ 4; y /2007, de 15 de febrero, FJ 5), de cara a promover las condiciones para que esa libertad fundamental sea real y efectiva (art. 9.2 CE), tanto en su vertiente interna e individual como en la externa y colectiva. En efecto, al amparo de esa previsión constitucional se dictó la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa (en adelante, LOLR), que vino a desarrollar tanto el contenido del derecho ex art. 81.1 CE, como las condiciones básicas de su ejercicio ex art. 53.1 CE, entre las cuales se encuentra el derecho de las personas a “asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas” [art. 2.1 d)] y la obligación del Estado de establecer acuerdos o convenios de cooperación, que se aprobarán por Ley de las Cortes Generales, con las iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscritas en el correspondiente registro público que hayan alcanzado notorio arraigo en España (art. 7.1), en los que se podrá acordar la aplicación de los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico para las entidades sin ánimo de lucro (art. 7.2).

De esta manera, desde la perspectiva de la dimensión externa del derecho fundamental a la libertad religiosa, que se traduce en la posibilidad de ejercicio “de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades” (SSTC /2001, de 15 de febrero, FJ 4; y /2001, de 4 de junio, FJ 2), se encomienda al

legislador estatal no sólo la tarea de materializar tales acuerdos, sino también la de facilitar la práctica efectiva de las creencias religiosas y de sus actos de culto, así como la participación de los ciudadanos en los mismos, a través de medidas, como son la concesión de un régimen fiscal especial para las iglesias, confesiones y comunidades que las representan. Se trata, a fin de cuentas, de acciones estatales dirigidas a la protección y estímulo en la realización de actividades con relevancia constitucional y, por tanto, de interés general, consustanciales al Estado social de Derecho (art. 1.1 CE).

En cumplimiento de aquel mandato constitucional (art. 16.3 CE) y de la previsión orgánica que lo desarrolla (art. 7.1 LOLR) de “mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones” (SSTC /2001, de 15 de febrero, FJ 4; y/2001, de 4 de junio, FJ 2), se han alcanzado acuerdos de cooperación con las entidades evangélicas de España (Ley 24/1992, de 10 de noviembre), con las comunidades israelitas de España (Ley 25/1992, de 10 de noviembre) y con la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992, de 10 de noviembre). En todos estos acuerdos se prevé, según la naturaleza de cada confesión y como hemos señalado con anterioridad, la exención en la contribución territorial o impuesto sobre bienes inmuebles de los bienes inmuebles de los que sean titulares y estén dedicados, fundamentalmente, al culto, a la asistencia religiosa, a residencia de pastores, imanes o dirigentes religiosos, a oficinas, a seminarios o centros de formación de los ministros de culto, imanes y dirigentes religiosos (art. 11 de las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas ellas, de 10 de noviembre).

Los anteriores beneficios fiscales, dentro de las relaciones de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas a las que alude el art. 16.3 CE, en primer lugar, se configuran como una medida adoptada por el Estado al amparo de la competencia exclusiva prevista en el art. 149.1.1 CE, que se justifica en la relevancia constitucional que tienen las confesiones religiosas (inscritas en el correspondiente registro público y con las que se hayan adoptado acuerdos de cooperación) para la consecución de los fines que la Constitución proclama y, en concreto, para la garantía del derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, tanto en su vertiente individual como en la colectiva. No hay que olvidar que, de la misma manera que las

subvenciones estatales pueden tender a asegurar las condiciones básicas de igualdad cuya regulación reserva al Estado el art. 149.1.1 CE, poniéndose de este modo su poder de gasto al servicio del cumplimiento de cláusulas constitucionales genéricas como las previstas en los arts. 1.1 y. 9.2 CE (en términos parecidos, STC/1992, de 6 de febrero; FJ 7), el establecimiento de beneficios fiscales puede operar como una medida dirigida a la promoción de una determinada conducta o a la consecución de un determinado fin, una y otro, previstos en la Constitución. Con más motivo cuando se trata de medidas tendentes a asegurar una igualdad sustancial de los grupos religiosos en los que, de acuerdo con sus diferentes creencias, se integran los individuos, lo que se inserta, además, en las condiciones básicas de la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos constitucionales, que el art. 149.1.1 atribuye al Estado como competencia exclusiva. Medidas que no pueden ser únicamente de la responsabilidad del Estado, sino que tienen que ser asumidas por todos los “poderes públicos” como señala genéricamente el art. 16.3 CE y exige específicamente el art. 7.2 LOLR, pues se trata, no lo olvidemos, de dotar de efectividad el ejercicio de un derecho fundamental.

Pero es que, en segundo lugar, se dirigen a promover, ex art. 9.2 CE, las condiciones necesarias para que la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas. Hay que tener presente que “[l]a igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico —inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho— no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva” (SSTC/1991, de 14 de noviembre, FJ 5; y /2009, de 19 de enero, FJ 10). La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 CE sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 16.3 CE, implica que no podrá reputarse como discriminatoria y constitucionalmente prohibida la

acción de favorecimiento que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinadas confesiones religiosas. Concretamente, de aquellas confesiones religiosas con las que se hayan alcanzado relaciones de cooperación, a fin de que, mediante un trato fiscal más favorable, vean facilitada la labor para la que son llamadas por el Texto Constitucional y que, no es otra, que hacer efectivo el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, garantizando así también la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), que suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales.

Aunque es cierto, como señala la Letrada del Parlamento de Navarra, que “[e]l art. 16 de la Constitución no contiene, en efecto, previsión alguna que garantice un especial trato fiscal a las confesiones religiosas, ni puede mantenerse que la sujeción de éstas a las normas tributarias lesione la libertad que se les reconoce” (ATC /1989, de 2 de octubre, FJ 1), pues “el derecho a la libertad de religión no implica en absoluto que a las iglesias o a sus fieles se les deba conceder un estatuto fiscal diferente del de los demás contribuyentes” (Auto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de enero de 1992, caso Iglesia Bautista “El Salvador” y otro contra España), también lo es que, una vez reconocidos por el ordenamiento jurídico unos concretos beneficios fiscales para aquellas confesiones religiosas con las que se hayan firmado acuerdos de cooperación, debe efectuarse una aplicación igual de los mismos (art. 7.2 LOLR).

Según lo que antecede, es nuestra doctrina que la vulneración del art. 149.1.1 CE no puede invocarse en abstracto como motivo de inconstitucionalidad, siendo necesaria una directa relación entre las condiciones básicas y el derecho cuyas posiciones jurídicas fundamentales resultan imprescindibles para garantizar la igualdad (STC 3/2013 de 17 de enero, FJ 8). Pues bien, en el caso que ahora nos ocupa puede afirmarse que los beneficios fiscales previstos en las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas ellas de 10 de noviembre, no hacen sino cumplir con la previsión del art. 7.2 LOLR, directamente relacionada con el art 16 CE, razón por la cual, deben considerarse como una condición básica dirigida a salvaguardar la uniformidad en el tratamiento tributario de las confesiones religiosas reconocidas en España y, por tanto, en el ejercicio del derecho fundamental a la

libertad religiosa en su vertiente externa y colectiva. Por ello, la apelación que hace el Abogado del Estado a la competencia exclusiva del Estado prevista en el art. 149.1.1 CE, en relación con los art. 16 CE y 7 LOLR, como parámetro de control de la constitucionalidad del precepto impugnado, es correcta.

b) Una vez realizadas las precisiones que anteceden, ya estamos en disposición de destacar que, es evidente, que la limitación introducida por la Ley Foral 10/2013, de 12 de diciembre, en la exención aplicable en la contribución territorial a los bienes de las asociaciones no católicas, legalmente reconocidas, con las que se han establecido acuerdos de cooperación, exclusivamente a los “que estén destinados al culto”, se opone frontalmente a lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, en el art. 11 de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, así como en el art. 11 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. Pues bien, por los motivos que se han señalado con anterioridad, debe declararse la inconstitucionalidad y nulidad del apartado 7 del artículo único de la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas locales de Navarra, ahora, en lo que a la aplicación a las confesiones no católicas legamente reconocidas se refiere, por violación de la competencia exclusiva del Estado prevista en el art. 149.1.1 CE, en relación con el art. 16.3 CE, y con el art. 7 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa.

(...)

Fallo.

Estimar el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad del apartado 7 del artículo único de la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas locales de Navarra.

Derecho a la Educación

SENTENCIA 10/2014, de 27 de enero de 2014

(...)

Fundamentos Jurídicos.

1. Es objeto del presente recurso de amparo determinar si la resolución de 13 de octubre de 2011 de la comisión de escolarización de la Dirección Provincial de Educación de Palencia, de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, que acordó que el hijo de los recurrentes continuara escolarizado en un colegio público de educación especial en lugar de en un centro ordinario, confirmada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Palencia y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, ha vulnerado los arts. 14, 15 y 27 CE, como alegan los recurrentes.

Como se ha expuesto en los antecedentes, el Ministerio Fiscal considera, parcialmente de acuerdo con la parte demandante, que el amparo debe ser estimado al haberse vulnerado el derecho de igualdad (art. 14 CE) y el derecho a la educación del menor (art. 27 CE), al haber sido escolarizado en un centro de educación especial sin haberse explicitado por la Administración porque las atenciones que precisa no pueden ser prestadas en un centro de educación ordinario, suponiendo esta actitud una causa de discriminación respecto del mismo en atención a su discapacidad. Por su parte, la representación procesal de la Junta de Castilla y León se opone a la estimación de la demanda, considerando que la decisión administrativa se ha adoptado de manera razonable de acuerdo con las circunstancias del menor, estando debidamente motivada y respetándose escrupulosamente sus derechos fundamentales y los de sus padres.

La demanda presentada, en consecuencia, critica la decisión administrativa de escolarización, reprochando igualmente a las resoluciones judiciales impugnadas el no haber corregido la actuación de la Administración educativa; por lo que nos encontramos ante un recurso de amparo del art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, puesto que, de haberse producido las lesiones

referidas, éstas solamente pudieron ser originadas por la actuación administrativa, siendo, en su caso, los órganos judiciales responsables indirectamente de dichas vulneraciones al no haberlas reparado.

Como dijimos en la reciente STC /2013, de 3 de junio, la circunstancia de que esté involucrado un menor de edad en el presente recurso de amparo explica que, de conformidad con el art. 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores, conocidas como Reglas de Beijing, e incluidas en la resolución de la Asamblea General 40/33, de 28 de noviembre de 1985, no se incluyan en esta resolución el nombre y apellidos completos del menor de edad ni de sus padres, al objeto de respetar su intimidad.

2. Delimitado en los términos expuestos el objeto del presente recurso, nuestro enjuiciamiento ha de seguir un orden inverso al plasmado en el escrito de demanda, comenzado con los motivos de impugnación sobre los que existe unanimidad en cuanto a su desestimación por parte del Fiscal y la Letrada de la Junta de Castilla y León, para luego centrarnos en el análisis de los motivos principales relacionados con el derecho a la educación e igualdad del menor.

Así las cosas, respecto del motivo expuesto en la demanda sobre la lesión del derecho a la integridad moral del menor y a su dignidad personal (arts. 15 y 10.1 CE, respectivamente), entendemos que la decisión de escolarización del mismo en un centro de educación especial, acordada por resolución de 13 de octubre de 2011 de la Dirección Provincial de Educación, no puede calificarse como “trato degradante”, por cuanto ha sido adoptada, con independencia de su acierto o no, por los órganos legalmente habilitados y en el marco de un amplio expediente reglado dirigido a evaluar sus necesidades educativas, donde han intervenido profesionales cualificados e incluso los padres del alumno afectado.

Por ello, se comparte el criterio expuesto por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Palencia en su Sentencia cuando rechaza esta queja indicando que “una cosa es que la Junta de Castilla y León entienda que el niño merece ser educado en un centro de Educación Especial y otra muy diferente que con tal actuación trate

de menoscabar su dignidad personal atentando contra su integridad moral” (fundamento jurídico 6). Así como del Fiscal ante este Tribunal cuando en sus alegaciones indica que “resulta difícil admitir que la escolarización en un centro de Educación Especial de un menor pueda vulnerar el derecho a la integridad moral y desconocer el principio de dignidad de la persona, de modo que dichos perjuicios no serían más que meras conjeturas respecto de los riesgos que se denuncian por su ingreso en un centro de Educación especial”.

Dicho lo anterior, no es necesario extenderse en la doctrina constitucional dictada en torno a esta categoría de “tratos inhumanos o degradantes”, siendo suficiente subrayar que para que nos encontremos en estos supuestos es preciso la concurrencia de “una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad” (por todas, STC /2010, de 24 de noviembre, FJ 2), lo que hemos declarado que constituye el contenido mínimo protegido por el art. 15 CE, circunstancias que no concurren en modo alguno en el presente supuesto.

3. En lo que respecta a la determinación por los padres del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos, este Tribunal Constitucional ha afirmado que “este derecho constitucional se limita, de acuerdo con nuestra doctrina, al reconocimiento prima facie de una libertad de los padres para elegir centro docente (ATC /1996, de 18 de diciembre, FJ 4) y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, art. 27.3 CE” [STC /2010, de 2 de diciembre, FJ 5 b)].

Respecto del primer contenido, hemos puntualizado que “no hay dificultad alguna en admitir que el derecho de todos a la educación, en cuanto derecho de libertad (STC /1985, fundamento jurídico 3), comprende la facultad de elegir el centro docente, incluyendo la de escoger un centro distinto de los creados por los poderes públicos” (ATC /1996, de 18 de diciembre, FJ 4). Ahora bien, esta posibilidad, también recogida en el art. 13.3 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (en cuanto establece “la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el

Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza”) no incluye, como parte o elemento del derecho constitucionalmente garantizado, el derecho de los padres a escolarizar a su hijo en un centro ordinario de educación, en lugar de hacerlo en un centro de educación especial, pues ello vendrá condicionado a la acreditación por parte de las autoridades competentes de las necesidades educativas específicas del menor. En este sentido, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación prevé que la escolarización de los alumnos que presenten necesidades educativas especiales en unidades o centros de educación especial “se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios” (art. 74.1), resultando que la valoración de las necesidades educativas de este alumnado se realizará “por personal con la debida cualificación y en los términos que determinen las Administraciones educativas” (art. 74.2).

Respecto del segundo contenido, este Tribunal ha sostenido que “el derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que sus hijos han de recibir, consagrado por el art. 27.3 de la Constitución, es distinto del derecho de elegir centro docente que enuncia el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque también es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral” (STC/1981, de 13 de febrero, FJ 8). No obstante, tampoco se ve comprometido en este caso este derecho de los padres a que su hijo reciba una formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones, también reconocido en el art. 18.4 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, pues las razones esgrimidas en este caso por los recurrentes no se refieren en modo alguno al tipo de formación de esta naturaleza que habría de recibir el menor, sino a razones asociadas a su disconformidad con la decisión adoptada por la Administración educativa de no escolarizar al mismo en un centro de educación ordinario con los apoyos necesarios por su discapacidad.

Al desarrollar el anterior motivo de impugnación los demandantes refieren, por otra parte, la indefensión que habrían sufrido por la actitud de la Administración de no ofrecerles trámite de audiencia con anterioridad al dictado de la resolución administrativa de

escolarización impugnada. No obstante, no puede acogerse esta denuncia porque, con independencia de que, como advierte el Fiscal, no se plantea esta queja por los mismos en su recurso de apelación [lo que daría lugar a su rechazo al no haberse agotado debidamente la vía judicial, según el art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a), ambos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], además carece notoriamente de contenido porque, según se desprende del expediente educativo del menor resumido en los antecedentes, la Administración educativa ha propiciado una participación activa de sus padres en sus diversas fases (escuchando sus criterios, con entrevistas con responsables de la Dirección Provincial de Educación y de los centros escolares, etc.), así como cursando sus solicitudes e informándoles del resultado de las evaluaciones y decisiones adoptadas. En el caso particular de la resolución de 13 de octubre de 2011 por la que se dispone que el menor continúe escolarizado en un centro de educación especial en base a un nuevo informe psicopedagógico, consta en dicho expediente que los recurrentes, no sólo fueron informados de la práctica de esta evaluación previa sino que además participaron activamente en su desarrollo, notificándoseles finalmente la decisión adoptada contra la que tuvieron la oportunidad de interponer los correspondientes recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

4. Entrando en el núcleo del problema constitucional planteado, el debate ha de centrarse en determinar si, como sostiene la parte recurrente y el Fiscal, la Administración educativa al ordenar la escolarización del menor —que padece un determinado grado de autismo— en un centro de educación especial en lugar de incluirle en un centro ordinario con los apoyos necesarios para su integración, le ha discriminado y vulnerado su derecho a la educación.

Para analizar esta cuestión debemos tener presente el marco normativo específico sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad, constituido por el art. 27 CE, que reconoce el derecho de todos a la educación, el art. 14 CE que prohíbe “discriminación alguna” por “cualquier circunstancia o condición personal” y el art. 49 CE que, sin reconocer derechos fundamentales, sí ordena a los poderes públicos realizar una política de integración de los discapacitados. Estos preceptos, como este Tribunal ha venido afirmando desde la

temprana STC /1981, de 23 de noviembre, FJ 4, han de ser interpretados, en virtud del art. 10.2 CE, a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales que España haya celebrado sobre la materia.

En este sentido, cobra especial relevancia la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Estado español mediante instrumento de ratificación publicado en el “BOE” el 21 de abril de 2008, que parte como principio de “la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso” [preámbulo, letra j)]. Respecto del derecho a la educación, su art. 24.1 les reconoce expresamente el mismo a las personas discapacitadas, indicando que para “hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes aseguraran un sistema de educación inclusivo a todos los niveles”, debiendo garantizar dichas partes, según el art. 24.2, entre otras medidas, que “las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación”, “se hagan los ajustes razonables en función de las necesidades individuales”, “se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva”, “se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión” [letras a), c), d) y e), respectivamente]. En el art. 2 de la Convención se prohíben todas las formas de discriminación de estas personas, entre ellas “la denegación de ajustes razonables”, entendiéndose por éstos “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

En nuestro ordenamiento la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, también prevé en su art. 74.1 que “la escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad en el acceso y la permanencia en el

sistema educativo”, de forma que la escolarización de estas personas en unidades o centros de educación especial “sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”. Dicha norma dispone, por otra parte, que la valoración de las necesidades educativas de este alumnado se realizará “por personal con la debida cualificación y en los términos que determinen las Administraciones educativas”, correspondiendo a éstas últimas “promover la escolarización en la educación infantil del alumnado que presente necesidades educativas especiales” (art. 74.2 y 4).

De la normativa anterior se desprende como principio general que la educación debe ser inclusiva, es decir se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad. En definitiva, la Administración educativa debe tender a la escolarización inclusiva de las personas discapacitadas y tan sólo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial. En este último caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, en los términos que hemos expuesto anteriormente, dicha Administración deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción, es decir por qué ha acordado la escolarización del alumno en un centro de educación especial por ser inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario.

5. Desde esta perspectiva, el Ministerio Fiscal entiende que la respuesta dada por la Administración educativa al problema planteado, contenida en la resolución de 13 de octubre de 2011 de la comisión de escolarización, no es constitucionalmente admisible, pues no explica por qué los apoyos que requiere el menor no pueden ser prestados en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.

En efecto, dicha resolución, como hemos visto, se limita a fundamentar su decisión de escolarización del menor en el centro de educación especial tan sólo en el nuevo informe psicopedagógico

practicado al mismo, por lo que, en principio, parece que no ha explicado convenientemente por qué supone una carga desproporcionada para la Administración la escolarización del menor en un centro ordinario con los apoyos precisos ni por qué, en definitiva, se opta por lo excepcional frente a lo ordinario.

En el presente caso, no podemos afirmar que la citada resolución, que ha supuesto una decisión relevante relacionada con la educación del menor, haya vulnerado sus derechos fundamentales a la educación e igualdad por el déficit de motivación referido por la parte demandante y el Fiscal, pues de la consideración del expediente educativo del alumno en su conjunto se puede deducir sin dificultad que dicha resolución sí justifica la decisión de que el alumno continúe escolarizado en un centro de educación especial, ponderando sus especiales necesidades educativas, y lo hace mediante un razonamiento que supera el juicio de proporcionalidad exigido por nuestra doctrina en aquellos casos en los que la actuación cuestionada de los poderes públicos afecta a un derecho fundamental sustantivo (por todas SSTC /1995, de 21 de noviembre, FJ 2 y/2012, de 7 de mayo, FJ 10).

Así, como consta en los antecedentes, se realizó una evaluación psicopedagógica al alumno el 9 de octubre de 2006, (cuando estaba escolarizado en el colegio Tello Téllez), en la que se le apreció “un importante retraso madurativo”, sugiriéndose ya que fuera atendido por especialistas; durante su permanencia en el colegio Jorge Manrique se le practicó una segunda evaluación, en octubre de 2008, a instancia de la Administración educativa en la que se le diagnosticó, entre otras afecciones, “un trastorno grave del espectro autista”, “un retraso grave del lenguaje” y un “trastorno de déficit de atención con hiperactividad”, proponiéndose para él “un centro específico de educación especial” porque “el nivel de competencia curricular del alumno corresponde, especialmente en el lenguaje oral, con un nivel aproximado de 1 año de edad”, “es preciso realizar adaptaciones curriculares y significativas en todas las áreas del currículo, tomando como referencia el currículo de la etapa 0-3 años”, “requiere el alumno una atención individualizada y constante del profesor en pequeño grupo (máximo 4 alumnos)”. Por ello, la comisión de escolarización dicta una resolución de 2008 por la que escolariza al

menor en el centro de educación especial Carrechiquilla, subrayando que “todos los informes obrantes en el expediente son coincidentes y no dejan margen de dudas respecto a las clarísimas necesidades especiales del menor”, así como “respecto a los graves problemas de aprendizaje y comportamiento evidenciados en el aula”, lo que, sin duda, “a la vista de los medios y especialistas existentes en el Centro de Educación Especial Carrechiquilla, aconsejan, en beneficio exclusivo del menor, su escolarización en dicho Centro”; ante la queja de los padres, se practicó una nueva evaluación psicopedagógica al alumno en noviembre de 2009, en la que se vuelve a sugerir su escolarización en un centro de educación especial por la necesidad de que sea asistido por especialistas en audición y lenguaje, pedagogía terapéutica y un ayudante técnico educativo; finalmente, por la Dirección Provincial de Educación se realiza un informe psicopedagógico del menor por profesionales distintos, elaborado el 23 de septiembre de 2011, en el cual se ratifican las conclusiones anteriores sobre la necesidad de su escolarización en un centro de educación especial, al apreciársele “un trastorno generalizado del desarrollo” y la necesidad de que sea apoyado por los especialistas mencionados. Este informe sirvió de base al dictado de la resolución de 13 de octubre de 2011 ahora recurrida. A lo largo de la tramitación de este expediente educativo, como hemos constatado, se solicitó la participación activa de los padres del alumno, los cuales mantienen diversas entrevistas con los responsables de los centros escolares y de la Dirección Provincial de Educación, participando además en el desarrollo de las pruebas realizadas a su hijo.

En definitiva, la lectura de la resolución de 13 de octubre de 2011 impugnada, integrada con el conjunto del expediente, al que se atiene (en particular, al nuevo informe psicopedagógico realizado al alumno en septiembre de 2011), permite concluir que se exteriorizaron en la misma las razones que condujeron a la decisión de escolarización adoptada en un centro de educación especial y que éstas, además, son coherentes con la finalidad principal que se pretende, que el menor satisfaga adecuadamente sus necesidades educativas especiales, siendo respetuosas con los criterios previstos legalmente para la aplicación de este tipo de resoluciones, quedando, en consecuencia, acreditada su proporcionalidad.

En efecto, de la explicación que da en este caso la Administración educativa sobre el grado de discapacidad que presenta el menor y sobre las medidas específicas que éste requiere (adaptaciones curriculares en una edad muy inferior a la normal del curso en un colegio ordinario, “atención individualizada” en el aula, que, por otra parte, ha de verse reducida a “un máximo de 4 alumnos”, etc.), se infiere con naturalidad que la determinación de escolarización del alumno en un centro de educación especial adoptada por dicha Administración no puede reputarse como irrazonable o discriminatoria, siendo coherente con lo previsto en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (por referencia a lo previsto en su art. 2 sobre los ajustes que debe adoptar la Administración que no supongan “una carga desproporcionada o indebida”), así como respetuosa con el criterio de la Ley de educación cuando específica en su art. 74.1 que la escolarización de las personas con discapacidad sólo se realizará en centros especiales “cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”. Acreditado lo anterior por la Administración educativa, es decir que en interés del menor resulta indicada su escolarización en un centro de educación especial, no es necesario proceder a una ponderación acerca de si los ajustes que precisa pueden ser o no prestados en un centro de educación ordinario, pues dicha decisión de escolarización lleva implícito, en atención a la grave discapacidad del alumno y a la atención individualizada que requiere, que sus singulares necesidades educativas estén mejor atendidas en un centro de educación especial más que en el marco de la educación general de los centros ordinarios.

6. Por otra parte, las Sentencias dictadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Palencia y por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, de 9 de marzo y 26 de octubre de 2012, a las que se imputan no haber corregido las lesiones constitucionales de la Administración educativa, integran una respuesta, no solamente motivada y fundada en Derecho, sino además coherente y respetuosa con los derechos a la educación inclusiva de las personas con discapacidad y a su no discriminación por razón de esta circunstancia.

Así, el Juzgado en el fundamento jurídico 7 de su resolución pone de relieve que la decisión administrativa de 13 de octubre de 2011 “viene avalada por las intervenciones técnicas del Equipo de Orientación y Evaluación Psicopedagógica de Palencia”, frente a cuya conclusión (fundamentada en la observación directa del menor) los recurrentes oponen tan solo el contenido de unos informes cuyo contenido es “meramente elucubrativo”, resultando que de las conclusiones de dicho informe psicopedagógico (necesidad de un plan de intervención individualizado para el menor con la asistencia de profesionales especialistas en diversas ramas) se desprende que “la escolarización inclusiva en un centro ordinario no sólo sería inadecuada ... sino insuficiente para alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”. La Sala de apelación, por su parte, comienza en su Sentencia por admitir el principio general de la “integración educativa” de las personas con discapacidad, pues “así se logra una mayor integración de todos los seres humanos y se evitan apartamientos y rechazos que no son dignos de nuestro modo actual de concebir el mundo” (fundamento jurídico 2), para razonar después que comparte en este caso la decisión del Juez a quo, pues, entre otras consideraciones, el alumno “necesita algo más, mucho más que ajustes razonables respecto a lo que precisan sus compañeros de edad similar; lamentablemente sufre un desfase muy importante desde la primer fase de la educación infantil en la que está, a la educación primaria que le corresponde por edad; y requiere no un aula normal, sino un aula especial muy poco poblada y con una organización de la misma muy pendiente del mismo, incluyendo un sistema de educación diferenciada” (fundamento jurídico 5).

7. Por todo lo anterior, podemos concluir que la resolución de 13 de octubre de 2011 de la comisión de escolarización de la Dirección Provincial de Educación de Palencia, así como las resoluciones judiciales que la confirmaron, que dispusieron la escolarización del hijo de los recurrentes en un centro de educación especial, no vulneraron su derecho fundamental a la educación ni a la igualdad, en atención a la existencia de una supuesta discriminación, al haber motivado y ponderado suficientemente las razones en que se basa la adopción de tal medida excepcional, siendo, en consecuencia, dicha iniciativa respetuosa con el contenido de los arts. 27, 14 y 49 CE,

interpretados estos preceptos de conformidad con los textos internacionales suscritos por España (art. 10.2 CE), en los términos expuestos con anterioridad.

Fallo

Denegar el amparo solicitado por don J.A.G.G. y doña A.O.P., en su propio nombre y en el de su hijo menor D.G.O.

Voto particular que formula el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez al que se adhiere el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos respecto a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 6868-2012.

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros magistrados, acogéndome a la facultad establecida en el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), debo manifestar mi discrepancia con la Sentencia desestimatoria del presente amparo con base a las razones que expuse en el debate y que ahora reproduzco en los aspectos más destacados.

Como punto de partida debe señalarse, como la mayoría así lo ha considerado también, que el objeto del presente recurso de amparo es determinar si la resolución de 13 de octubre de 2011 de la Comisión de escolarización de la Dirección Provincial de Palencia de la Junta de Castilla y León, que acordó que el hijo de los recurrentes continuara escolarizado en un colegio público de educación especial en lugar de estudiar en un centro ordinario, ha vulnerado los arts. 14, 15 y 27 CE, como alegan los recurrentes. Es claro que nos encontramos, por tanto, ante un recurso de amparo del art. 43 LOTC, lo que implica que sólo la Administración ha podido vulnerar los derechos fundamentales alegados; los órganos judiciales podrían haber reparado las lesiones aducidas mediante la anulación del acto impugnado, pero no, como parece deducirse del fundamento jurídico 7 de la Sentencia, mediante la sustitución de la Administración en la ponderación y motivación de la resolución de escolarización recurrida.

Analizando la citada resolución, se puede constatar que se limita a afirmar, escuetamente, que visto el informe psicopedagógico realizado sobre el menor, se acuerda que siga escolarizado en el centro de educación especial. En el mencionado informe psicopedagógico se

ponen de manifiesto, desde un punto de vista estrictamente científico, las deficiencias que padece el menor y se recomienda la escolarización del menor en un centro de educación especial; sin embargo, nada se dice sobre el coste o la oportunidad de que la Administración lleve a cabo los ajustes necesarios para que el menor, con lo apoyos oportunos, pudiera integrarse en un centro de educación ordinario, como reiteradamente han solicitado los padres desde el principio.

Del marco normativo en el que debe encuadrarse nuestro análisis (arts. 14, 27 y 49 CE y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Estado español mediante instrumento de ratificación publicado en el “BOE” de 21 de abril de 2008) se deduce, como bien reconoce la Sentencia, que la educación debe ser, como principio general inclusiva, es decir, se debe promover la escolarización de todo niño en un centro de educación ordinaria, en su caso, con los determinados apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padece algún tipo de discapacidad, y, solamente de manera excepcional, la escolarización en un centro de educación especial.

Comparto la postura del Ministerio Fiscal cuando afirma que los criterios normativos que la misma regulación aplicable exige para acordar la escolarización en un centro de educación especial de menores con necesidades educativas especiales están condicionados, entre otros requisitos, a la obligación de la Administración de prestar los apoyos necesarios al menor para procurar su integración educativa, circunstancia esta sobre la cual la resolución administrativa impugnada, que reenvía al informe psicopedagógico que identifica las carencias y necesidades del menor y enumera los apoyos de los que precisa, no analiza expresamente ni explica los motivos de por qué los apoyos que precisa el menor no pueden ser prestados en “el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”. Considero que, si bien este tipo de decisiones administrativas sobre la escolarización de menores con determinado grado de discapacidad, deben estar avaladas por los correspondientes informes técnicos, no deben descansar exclusivamente en ellos, sino que a la vista de los mismos, la Administración debe motivar y ponderar una decisión que solamente a ella le corresponde.

En el presente caso, constan los informes psicopedagógicos y de escolarización del menor, en los que se pone de manifiesto las especialidades educativas que el alumno necesita, concluyendo con una propuesta de escolarización en un centro de educación especial; sin embargo, como se desprende de la normativa aplicable antes señalada, las opciones de escolarización no se agotan en la elección de un centro ordinario de educación frente a un centro especial de educación, como parece deducirse de tales informes y de la resolución administrativa impugnada. Precisamente, la opción pretendida desde el inicio por los padres del menor, esto es, la escolarización en un centro ordinario de educación con los apoyos necesarios para la inclusión de alumnos con necesidades especiales, ha sido ignorada por la Administración educativa.

Esta opción intermedia, no ha sido contemplada ni por los informes técnicos ni por la Administración educativa. La ausencia de motivación en la resolución administrativa de cómo los apoyos que precisa el menor, suponen una carga desproporcionada para la Administración educativa en el caso concreto del menor, supone un desconocimiento de los principios que deben inspirar la educación de los menores con discapacidad, pues la excepción de la escolarización en centro de educación especial obligan a la Administración a realizar dicha ponderación. Ni la Administración, ni los técnicos que informaron sobre el menor, han explicitado por qué los ajustes que debía realizar para proporcionar al menor la educación inclusiva a la que, en principio, tiene derecho, no son razonables o suponen una carga desproporcionada o no serían suficientes para la inclusión del menor.

Es aquí donde reside mi principal discrepancia con la Sentencia aprobada. Se afirma en el fundamento jurídico 5 que, acreditadas las deficiencias que padece el menor y adoptada la decisión de su escolarización en un centro especial, “no es necesario proceder a una ponderación acerca de si los ajustes que precisa pueden ser prestados o no en un centro de educación ordinario, pues dicha decisión de escolarización lleva implícito, en atención a la grave discapacidad del alumno y a la atención individualizada que requiere, que sus singulares necesidades puedan ser atendidas en el marco de la reducción general de los centros ordinarios”.

En este punto, además de estar el Tribunal Constitucional deduciendo una interpretación, en su caso implícita, de un acto administrativo, creo que nuestro pronunciamiento debería haber sido radicalmente distinto. Estando detrás de la motivación de la resolución impugnada el derecho a la educación de un menor discapacitado, debe exigirse un plus de motivación que hace referencia a exigencias de orden cualitativo y no cuantitativo en la motivación y ponderación de las circunstancias de cada caso concreto, más aún cuando la discapacidad sufrida por el menor cuya escolarización se pretende, le hace titular de una situación especialmente protegida, no sólo por la Convención antes citada sino, especialmente, por el art. 49 de la Constitución. Cuando la Constitución ha incluido como derecho fundamental el derecho a la educación, en el núcleo de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, su contenido no puede ser desvirtuado sin que se expliciten las detalladas y relevantes razones, por la simple alegación de las dificultades de hacer efectivo dicho derecho social.

En definitiva, comparto la postura del Ministerio Fiscal que entendió en trámite de alegaciones, lesionado el principio de igualdad, en relación con el derecho a la educación.

Derecho a la información

SENTENCIA 104/2014, de 23 de junio de 2014

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 26 de octubre de 2012, el Procurador de los Tribunales don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar, en nombre y representación de Radio Castellón, S.A., interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales y la vía de hecho del Ayuntamiento de Castellón de la Plana mencionadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda son, en síntesis, los siguientes:

a) La sociedad demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo por los trámites del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales denunciando la inactividad de la Administración local demandada frente al requerimiento formulado por medio de escrito de 10 de noviembre de 2009. En este escrito se manifestaba no haber sido receptora de ninguna campaña publicitaria institucional en cinco años y se requería el cese inmediato de la exclusión discriminatoria que por la vía de hecho estaba sufriendo, así como el reconocimiento de los daños patrimoniales derivados de esa circunstancia.

En su demanda, presentada en el Decanato de los Juzgados de Castellón en fecha de 23 de febrero de 2010, la representación procesal de Radio Castellón, S.A., ponía de manifiesto lo siguiente: i) que era titular de las emisoras radiofónicas Radio Castellón SER, 40 Principales Castellón, cadena Dial Castellón y M80 Radio Castellón, con difusión en el ámbito de la provincia de Castellón y asociadas a la cadena SER; ii) que a la Administración demandada (Ayuntamiento de Castellón de la Plana) le constaba —dato que procedía a acreditar mediante certificado del “Estudio general de medios”— que la cadena SER y sus radio-fórmulas contaban con la condición de líderes de audiencia en el ámbito territorial de referencia; iii) que la demandante ofrece precios que son acordes a su posición de liderazgo y repercusión mediática, y en todo caso análogos a los de la competencia, cadena COPE y Onda Cero; iv) que la Administración demandada, pese a lo anterior, la excluyó por completo de toda asignación de campañas de publicidad institucional desde el día 2 de abril de 2008; v) que ese modo de proceder evidenciaba una arbitrariedad discriminatoria; una directriz sistemática y sostenida en el tiempo a través de una vía de hecho, en tanto que repetida en cada una de las campañas institucionales sucesivas; vi) que la línea editorial no puede ser nunca razón legítima para que el Ayuntamiento demandado prescinda de quien es líder de audiencia en su territorio, no atisbándose, sin embargo, otra razón que explicase la actuación administrativa; vii) que el Ayuntamiento no ha explicitado criterio objetivo justificativo de esos hechos, tampoco con ocasión del requerimiento fehaciente efectuado en noviembre de 2009; viii) que dicho comportamiento infringe la regulación de la Ley 7/2003, de 20

de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad Valenciana, los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) así como a la libertad de expresión y de opinión (art. 20 CE), y expresa una vulneración de principios jurídicos básicos en las actuación de las Administraciones públicas, como los de imparcialidad, arbitrariedad y legalidad; y ix) su demanda daba cuenta, asimismo, del contraste de cuantías percibidas por Radio Castellón, S.A., en los distintos ejercicios: 82.822,99 € de media anual entre los años 2004 y 2007; 17.400 € en 2008 y cero euros de asignación presupuestaria en 2009.

Con base en todo lo expuesto, suplicaba la declaración de vulneración de aquellos derechos fundamentales, la nulidad de la vía de hecho en la asignación discriminatoria de publicidad institucional, el cese de la misma y una reparación económica (equivalente al 80 por 100 de las contrataciones de publicidad institucional en medio radiofónico que la demandada hubiera asignado al medio radiofónico que obtuvo la mayor distribución en el periodo 2008-2009).

(...)

II. Fundamentos jurídicos

1. Entabla el presente recurso de amparo Radio Castellón, S.A., contra la providencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 21 de septiembre de 2012, que inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones formulado frente a la Sentencia de la misma Sala, núm. 257/2012, de 22 de mayo, desestimatoria del recurso de apelación en el que se impugnaba la Sentencia de 22 de junio de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 1149-2009, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Asimismo, se dirige la demanda de amparo contra la vía de hecho del Ayuntamiento de Castellón de la Plana que originó el antedicho recurso contencioso-administrativo para la protección de derechos fundamentales, por lesión de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación en relación con los derechos a la libertad de expresión e información [arts. 14, primer y segundo inciso, y 20.1 a) y d) CE].

En lo relativo a esta última queja, a su juicio, la asignación de decenas de miles de euros de publicidad institucional a otros medios de comunicación (Onda Cero y cadena COPE), con total exclusión de la cadena SER desde principios de 2008, debió contar con una justificación de la Administración otorgante a fin de descartar el riesgo y la sospecha de que una aplicación laxa en la adjudicación publicitaria persiguiera premiar o castigar líneas editoriales, máxime teniendo en cuenta que la demandante es líder de audiencias en la provincia de Castellón y que están implicados en ese tipo de prácticas principios como la adecuada utilización del erario público, la independencia de los medios de comunicación y el derecho de todos los ciudadanos, sigan la tendencia ideológica que fuere, a recibir la información de sus instituciones públicas.

Por consiguiente, considera lesiva del art. 14 CE, en relación con los alegados derechos consagrados en el art. 20 CE, la exclusión de contratación de publicidad institucional a la que fue sometida Radio Castellón, S.A., por parte del Ayuntamiento de Castellón de la Plana, a partir de los primeros meses de 2008, así como insuficiente el argumento empleado para desestimar sus pretensiones, alusivo exclusivamente a las tarifas de la contratación. Antes al contrario, debió ponderarse aquel parámetro tarifario pero en su confluencia con otros factores igualmente relevantes para asegurar el respeto por la acción administrativa de los parámetros la proporcionalidad y razonabilidad constitucionalmente exigibles. Del mismo modo, prosigue el recurso, como se desprende de la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad Valenciana, el único límite económico a la inserción de publicidad institucional en un medio de comunicación reside en que sus precios sean abusivos, esto es, que no guarden proporción alguna con la regulación normal del mercado; ponderación que no ha sido efectuada, dando como resultado, sin justificación objetiva de ningún tipo, la exclusión absoluta de toda asignación publicitaria a un medio líder en audiencia y que hasta el año 2008 resultaba idóneo para la propia corporación municipal, según acreditan sus propios actos.

Invoca, adicionalmente, diversas lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que imputa a las resoluciones judiciales impugnadas, todas ellas conectadas con el deber de

motivación que integra aquel derecho fundamental y constituye una de sus vertientes. En concreto, por irrazonabilidad del argumento nuclear de la Sentencia de apelación, que supone admitir que la misma emisora líder de audiencias, con su mismo rango de precios, que venía eligiéndose como destinataria ininterrumpida al menos desde 2004 a 2008, pase a no tener asignación publicitaria alguna con el único y desnudo argumento de que sus precios son superiores a los del mercado; en segundo lugar, por no aplicar la Sala de apelación la doctrina constitucional en materia de distribución de la carga de la prueba pese a que se aportaron indicios de discriminación; y, para concluir, por arbitrariedad de la resolución judicial, habida cuenta que, suscitado el mismo debate con idénticos fundamentos y por el mismo recurrente en otro proceso judicial, aunque frente a otra Administración local, la misma Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó una Sentencia de diferente signo, sin haber explicitado en estos autos las razones del cambio de criterio jurídico.

El Ministerio Fiscal, además de postular la inadmisión del motivo de amparo relativo a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente del derecho a obtener una resolución no arbitraria, ya que tal lesión no fue esgrimida en el incidente de nulidad de actuaciones que cerró el proceso [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)], interesa el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de opinión (art. 14 CE) por parte del Ayuntamiento de Castellón de la Plana; subsidiariamente, la del derecho fundamental a la igualdad de trato (art. 14 CE) por dicha Corporación local, o, aún en su defecto, la del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 22 de mayo de 2012, retrotrayéndose en este último caso las actuaciones para el dictado de una nueva resolución judicial acorde con los derechos fundamentales que protagonizan el presente debate de constitucionalidad.

2. Delimitado en los términos expuestos el objeto del presente proceso de amparo, se advierte con nitidez que el recurso posee naturaleza mixta, al dirigirse contra la vía de hecho de la Administración, condensada en la exclusión de Radio Castellón, S.A., de la publicidad institucional en el periodo precisado en el proceso judicial [art. 14, primer y segundo incisos, en relación con arts. 20.1 a) y d) CE], y, asimismo, por lesiones autónomas diferenciadas de las que se imputan a la Corporación municipal, cometidas pretendidamente por las resoluciones judiciales dictadas en el rollo de apelación núm. 686-2011.

Esto así, tal como alega el Fiscal y como indicara la STC /2008, de 21 de enero, FJ 2, será pertinente recordar que nuestro criterio general consiste en que en los amparos mixtos la pretensión deducida por la vía del art. 43 LOTC es autónoma de la propia del art. 44 LOTC, y que su examen resulta, en principio, preeminente. De otro modo la previsión del art. 43 LOTC no pasaría de ser una especificación redundante del art. 44 LOTC, puesto que toda lesión de un derecho constitucional susceptible de amparo atribuida a una actuación administrativa tendría que denunciarse por el cauce del art. 44 LOTC en la medida en que no hubiera obtenido reparación en la jurisdicción ordinaria, confundándose con ello las cauces de impugnación previstos en nuestra Ley Orgánica y el objeto de los mismos.

Por su parte, la preeminencia de la pretensión impugnatoria del art. 43 LOTC no se refiere sólo ni primordialmente al orden en el que normalmente deban ser examinadas las quejas formuladas en la demanda de amparo sino, sobre todo, a la incidencia que el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la actuación administrativa pueda tener sobre la queja encauzada por la vía del art. 44 LOTC, ya que puede hacer innecesario el examen de esta última o dotar de efectos meramente declarativos al otorgamiento del amparo. En suma, esta preeminencia tiene su fundamento en que la comisión de una lesión constitucional en el transcurso del proceso judicial no impide que el acto administrativo sea autónomo, potencialmente lesivo y, adicionalmente, el verdadero objeto sustantivo del proceso de amparo.

Consiguientemente, analizaremos en primer lugar las lesiones constitucionales que se precisan contra la vía de hecho del Ayuntamiento de Castellón de la Plana: la vulneración de los derechos reconocidos en el art. 14 CE, primer y segundo incisos, en relación con los arts. 20.1 a) y d) CE; lesiones presuntamente causadas por la preterición del medio de comunicación recurrente de las campañas publicitarias del período 2008-2009, conforme a la determinación temporal fijada en el proceso judicial, contratadas por el mencionado ente público.

3. La publicidad institucional es una concreción de la comunicación pública que pone en relación a los poderes públicos con los ciudadanos a través de los medios de comunicación social. Desde la perspectiva constitucional, en el presente recurso de amparo poseen relevancia dos vertientes: a) el derecho de los ciudadanos a recibir la información de interés general que emane de los poderes públicos en condiciones de igualdad y no discriminación; b) los derechos de los medios de comunicación social con ocasión de la contratación y difusión de esa información pública.

Empezando por la primera vertiente citada diremos que, en tanto que facilita la difusión y recepción de información objetiva y veraz sobre asuntos de interés general, la publicidad institucional puede contribuir a concretar el derecho de los ciudadanos a recibir información (STC /2003, de 28 de enero, FJ 8), que queda comprendido en el art. 20.1 d) CE, toda vez que no estamos ante una publicidad que procure intereses particulares, sino, antes al contrario, otros propósitos, institucionales, inscritos en el interés general. Adicionalmente, el derecho de acceso a esas informaciones queda atravesado por el art. 14 CE, pues no cabe concebir que la comunicación con los ciudadanos que emane de los poderes públicos, de interés también público, no se canalice a los miembros de la comunidad en términos de igualdad y no discriminación.

Las distintas partes del proceso judicial previo, así como la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, han hecho referencia a tales fines de la publicidad institucional y a los aludidos derechos de los destinatarios. Se refieren todos ellos, para subrayarlo, a la Ley 7/2003, de 20 de

marzo, de publicidad institucional de la Comunidad Valenciana, y a la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional. Como prueban esas normas y en todo caso la Constitución garantiza, quedan vinculados el derecho de los ciudadanos a recibir información neutral, objetiva y veraz, y el deber de los poderes públicos de proporcionarla en materias de interés general. La comunicación pública, también la de carácter publicitario informativo, por tanto, enlaza con el art. 20.1 d) CE, ya que debe asegurar la relación de la Administración con los ciudadanos a través de políticas de comunicación que fomenten su información sobre la esfera pública, el debate social, su participación crítica en la res publica, la corresponsabilidad ciudadana y el control de la acción administrativa, evitando lo que se han denominado asentimientos pasivos y comportamientos aclamativos, impulsando la transparencia frente a las zonas de secreto, mejorando la imagen de las instituciones y fortaleciendo su identidad, así como la eficacia de los servicios públicos.

En suma, en tanto que la función de aquella publicidad alcanza a intereses de la colectividad y de las instituciones comunes, los ciudadanos tienen derecho a recibir una información neutral, objetiva y veraz [art. 20.1 d) CE] y no pueden sufrir una discriminación o trato desigual en el acceso a la misma (art. 14 CE), lo que, como es obvio, no excluye campañas publicitarias sectoriales, articuladas, por poner un ejemplo, en función de los perfiles de los destinatarios (jóvenes o colectivos en riesgo de discriminación, por ilustrar la idea con sencillos ejemplos).

4. Como se dijo, también están comprometidos en esta tipología de controversias los derechos de los medios de comunicación social con los que la Administración contrata la difusión de esa información pública. Estos derechos se concretan en el respeto a un trato igualitario y no discriminatorio en la asignación publicitaria y en la necesidad de evitar incidencias negativas en el ejercicio de su función informativa [arts. 14 y 20.1 a) y d) CE]. Desde ese prisma, deberá recordarse que los medios de comunicación operan en concurrencia competitiva y que la Administración debe afianzarla, factor que, como veremos a continuación, no es en absoluto ajeno ni indiferente a las decisiones de

gasto público adoptadas en la asignación de recursos económicos de publicidad institucional entre los medios de comunicación.

En efecto, los derechos fundamentales concernidos imponen un reparto equitativo de la publicidad conforme a la legalidad vigente, con criterios de transparencia e igualdad, evitando conductas discriminatorias y asegurando de ese modo una eficaz garantía de la libertad y de la independencia de los medios, afianzando a tal fin los principios de objetividad, publicidad y libre concurrencia. No son extraños esos parámetros a la garantía del pluralismo, ni puede desconectarse éste de las necesidades de financiación de los medios de comunicación, pues un trato público peyorativo en la contratación, injustificado, voluntarista o selectivo (art. 14 CE, primer inciso), o discriminatorio por razón ideológica, de tendencia u opinión (segundo inciso del precepto), podría condicionar su independencia o incluso su propia supervivencia.

Los efectos asociados o derivados para la financiación de los medios de comunicación, garantizados con dichos principios de legalidad, transparencia e igualdad y no discriminación, tienen entonces una consecuencia (siquiera mediata) en el contenido primario del art. 20 CE, habida cuenta que este Tribunal ha declarado constante e invariablemente que las libertades allí consagradas entrañan “el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático” (por todas, entre otras muchas, recientemente, STC /2014, de 10 de febrero, FJ 6).

5. Debe armonizarse con lo señalado en los fundamentos jurídicos anteriores la significación de otros mandatos constitucionales. Como es sabido, la Administración pública ha de actuar con objetividad y plena sumisión a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE) y sin asomo alguno de arbitrariedad (art. 9.3 CE). Como decíamos en la STC /2002, de 20 de mayo, y hemos reiterado en Sentencias posteriores (por ejemplo, STC /2009, de 20 de abril, FJ 3), la discrecionalidad característica de ciertas decisiones administrativas no excusa la exigencia a la Administración de demostrar que los hechos motivadores de sus decisiones son legítimos o, aún sin justificar su

licitud, que no tienen una naturaleza contraria a los derechos fundamentales.

De ello se infiere que aquellos principios constitucionales rectores de la actuación administrativa quedarán definidos conforme a sus propios parámetros pero resultarán también delimitados ad casum por la cobertura propia de los derechos fundamentales concernidos, al punto que no podrá hablarse de una legítima decisión de la Administración cuando en ella sean desatendidos o sufran una merma que carezca de justificación constitucionalmente admisible. No rebate esa conclusión que existan márgenes legales para una actuación discrecional en el ámbito material de que se trate, pues de nuestra jurisprudencia se desprende la ineludible limitación de dicha discrecionalidad, incluso si la ley confiere espacios de libre decisión, en atención a los derechos constitucionales concurrentes (por ejemplo, SSTC /1989, de 8 de junio, FJ 6, y/2013, de 11 de julio, FJ 8, entre otras).

6. Tras el anterior enunciado de premisas doctrinales, estamos en condiciones de examinar los perfiles del caso enjuiciado.

La denunciante discute, en esencia, una diferencia de trato injustificada, apuntando adicionalmente razones de tendencia editorial latentes en la vía de hecho impugnada. Como dijéramos ya en la STC/1981, de 30 de marzo, FJ 6, en la aplicación de la ley puede existir violación del principio de igualdad cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con fundamento en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el art. 14 de la Constitución. Las lesiones, ya intencionales ya objetivas (por todas, STC/2001, de 26 de noviembre, FJ 4), pueden darse, por tanto, en ambos derechos: en la cláusula general de igualdad y en la prohibición de discriminación (primer y segundo incisos, respectivamente, del art. 14 CE).

En función de ello, numerosos pronunciamientos de este Tribunal han diferenciado el doble derecho consagrado en el art. 14 CE (entre tantos otros, STC /2001, de 4 de octubre, FJ 4, del Pleno de este Tribunal). Así, hemos establecido que el art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, configurándose como un derecho subjetivo de los

ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.

La virtualidad del art. 14 CE —prosigue como tantas otras aquella Sentencia del Pleno— no se agota en esa cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que, a continuación, el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación. Esta referencia expresa a singulares razones de discriminación representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE. En este sentido, este Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados (o los perjuicios causados, al margen de cualquier contraste entre situaciones) respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe. Así, por tanto, la prohibición de discriminación es más que un precepto de igualdad y no requiere necesariamente un término de comparación, por más que la discriminación pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de éste para ser apreciadas (por todas, STC /2012, de 4 de octubre, FJ 5).

7. Apunta la demanda —que se centrará más tarde de modo principal, como expondremos más adelante, en la lesión del principio general de igualdad— que la asignación de decenas de miles de euros a otros medios de comunicación (Onda Cero y cadena COPE), con total exclusión de la cadena SER, podría ser expresión de un premio y

castigo a líneas editoriales, como podría suponer cualquier ciudadano mínimamente informado sobre las tendencias informativas de los grandes medios radiofónicos. Se alude con ello a una posible vulneración de la prohibición de discriminación por razones ideológicas, de tendencia o de opinión (art. 14 CE, segundo inciso).

Bajo esas circunstancias, planteándose un supuesto de discriminación por razón de opinión que se encuadra en la prohibición del segundo inciso del art. 14 CE, opera un canon distinto al propio del principio general de igualdad; a saber: el imperativo o mandato constitucional de parificación, que implica la interdicción de cualquier perjuicio asociado objetivamente o intencionalmente motivado por el factor protegido (la tendencia del medio de comunicación, en este caso). Como es obvio, esa circunstancia fue negada por el Ayuntamiento de Castellón de la Plana.

La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales no sean desconocidos bajo la cobertura formal del ejercicio de derechos y facultades reconocidos por las normas, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto litigioso. Dificultad de prueba que tomó en consideración nuestra jurisprudencia desde sus primeros pronunciamientos; que ha tenido concreciones en nuestra legislación procesal y que viene recibiendo atención en los más diversos ámbitos de creación normativa. Una premisa que se acentúa si cabe en un ámbito como el de las relaciones entre los administrados y la Administración, de conformidad con los principios y criterios enunciados en los fundamentos jurídicos anteriores.

Dificultades de acreditación como las indicadas, decíamos, han llevado a este Tribunal a elaborar su doctrina sobre la prueba indiciaria, dirigida a favorecer que se desvelen las razones latentes de actos que puedan enmascarar una lesión de derechos fundamentales. Así, desde la STC/1981, de 23 de noviembre, hemos establecido que incumbe a la parte demandada en el proceso judicial acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho fundamental de que se trate. A tal objeto, la prueba indiciaria se articula en un doble plano (por todas,

SSTC /1997, de 6 de mayo, y/2002, de 21 de marzo). El primero, la necesidad por parte del demandante de aportar un indicio razonable de que el acto cuestionado lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC/2001, de 22 de octubre). No constituye un indicio, sin embargo, la mera alegación de la vulneración constitucional, ni una retórica invocación del factor protegido, sino un hecho o conjunto de hechos que permita deducir la posibilidad de la lesión. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, indiciariamente probada, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada al margen del derecho fundamental alegado. En otro caso, el incumplimiento de ese deber probatorio de la parte demandada —que como se ha expuesto no supone una inversión de la carga de la prueba, pues nace sólo una vez que la parte demandante ha aportado indicios de la vulneración que denuncia— trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental sustantivo que haya sido invocado.

Conforme a esta doctrina, en lo que al presente caso interesa, nos corresponde analizar si la parte actora acreditó la existencia de indicios de una actuación discriminatoria por razón de su tendencia editorial. Y procede decir a tal fin, en cuanto al tipo de conexión necesaria para apreciar la concurrencia del indicio, según apuntaba nuestro ATC /2000, de 21 de marzo, y después consolidara nuestra STC /2003, de 30 de enero, que tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. En definitiva, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente, en todo caso, el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si

se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no podrá prosperar la queja.

De ahí que, en situaciones como la de autos, el hecho de que la sociedad recurrente, según alega, siga una determinada tendencia editorial (presupuesto para concebir la hipótesis de la lesión denunciada), y la circunstancia acreditada del diferente trato en la asignación de publicidad institucional (vía de hecho potencialmente lesiva), deben ir acompañados de otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido, la opinión) con lo otro (el resultado de perjuicio que se denuncia), por cuanto que la existencia misma de una línea editorial constituye únicamente, en principio y a los efectos de la discriminación por ese factor, un presupuesto de la eventual vulneración del art. 14 CE, pero no un indicio que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto. En palabras de nuestra STC /2002, de 25 de febrero, en un caso de embarazo que trasladamos aquí *mutatis mutandis*: “no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio.”

Igual conclusión se alcanza en esta ocasión respecto de la alegada vulneración de la prohibición de discriminación por opinión. La parte demandante de amparo no centra el recurso de amparo, ni tampoco lo hizo en el proceso judicial, en hechos que permitan hacer aflorar posibles razones ideológicas, de tendencia u opinión latentes en la actuación administrativa. Primeramente porque apunta una discrepancia de posiciones con la Administración demandada que no especifica ni prueba, y que no podemos dar por acreditada con base en presunciones o pretendidas convicciones generales de la ciudadanía,

menos aún en el ámbito de los medios de información que tienen a gala revestir su proceder de imparcialidad. Por lo demás, la constatación de la retirada de la publicidad institucional, lo mismo que aquella auto-calificación de la tendencia del medio, como se dijo, no serían sino el otro parámetro en presencia en el esquema de enjuiciamiento, que los hechos indiciarios deberían haber puesto en conexión.

La queja, desde ese prisma, por tanto, carece de la debida fundamentación, por lo que no puede prosperar.

8. La demanda de amparo se articula realmente, superadas las mencionadas alusiones, por referencia al principio general de igualdad (primer inciso del art. 14 CE). Sobre tal derecho fundamental debemos añadir a lo anteriormente dicho que, según reiterada doctrina de este Tribunal, no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Esto es, no toda desigualdad de trato supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. En suma, como recordara nuestra STC /2011, de 26 de septiembre, FJ 3, y las en ella citadas, en su vertiente de igualdad ante la ley, el art. 14 CE prohíbe “las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según juicios de valor generalmente aceptados”.

Por lo demás, también es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC /2006, de 3 de julio, FJ 2, y /2010, de 27 de abril, FJ 3).

En este complejo supuesto, según adelantamos más atrás, deberán integrarse en el juicio de igualdad los principios constitucionales y legales de la actuación administrativa, que tienen sin duda protagonismo en el ámbito concernido, pero que no pueden soslayar el contenido del derecho consagrado en el primer inciso del art. 14 CE, como tampoco sortear la conexión, siquiera mediata, que la actuación enjuiciada posee con la función institucional de los medios de comunicación, y su incidencia en la efectividad de los derechos del art. 20 CE, a tenor de lo que también anticipábamos más atrás. Todo ello repercutirá en el examen del derecho de igual trato a los medios de comunicación en la contratación de publicidad institucional; ya se hizo constar.

Enunciado el canon de constitucionalidad, en la medida en que el argumento administrativo para desestimar la pretensión de Radio Castellón, S.A., reside en un término de comparación económico (tarifas superiores al mercado), debe examinarse si tal motivación resulta respetuosa con los derechos fundamentales invocados; esto es, si ese elemento de diferenciación en la asignación de publicidad institucional es constitucionalmente admisible.

Ha quedado constatada una serie de hechos relevantes: que la actora cuenta con la máxima audiencia radiofónica en el territorio de referencia y que durante años se dieron relaciones de contratación entre la recurrente y la Administración demandada en el proceso, hasta que en 2008 cesó la atribución de campañas publicitarias. No hay prueba ni motivación alguna, en cambio, sobre otros elementos, señaladamente: que la decisión adoptada a partir del año 2008 estuviera fundada en una variación desmedida de las tarifas de la cadena SER; que la ratio comparativa tarifaria con las otras cadenas radiofónicas se hubiera alterado en esa fecha de manera significativa; que un estudio de impacto, en función de costes por ratio de oyentes o factores similares, o por franjas horarias, explicara un exceso inasumible en el gasto.

Nada se dice, en efecto, de la ruptura del criterio manifestado por el precedente administrativo, ni hay consideración sobre el hecho de que las más altas tarifas pudieran eventualmente estar motivadas por la mayor difusión del medio líder en audiencia. Ni se aporta tampoco

objección fundada en la incompatibilidad de Radio Castellón, S.A., con la dignidad de la corporación local; menos aún de que por su titularidad, ideario o contenido pudiera quedar vinculado con posiciones o actividades que lesionen o apoyen la violación de los valores constitucionales o los derechos humanos o promuevan o induzcan a la violencia, el racismo u otros comportamientos contrarios a la dignidad humana, como apunta el art. 6 de la Ley autonómica 7/2003 antes citada; ni argumentos fundados en las características de las campañas publicitarias, en los destinatarios de la publicidad, el ámbito e implantación territorial y social del medio, la lengua empleada por éste o la rentabilidad económica de la inversión en función del impacto. Tampoco ha sido razonado por qué el precio superior excluye por completo la inserción de publicidad, en lugar de simplemente limitar o reducir la contratación con esa cadena. Y, por lo demás, la Administración ni siquiera intenta justificar el carácter abusivo de los precios de Radio Castellón, S.A.; concepto aquél, por indeterminado que sea, al que se refiere la normativa autonómica citada, y que sin duda, tras la debida especificación por la corporación local, podría condicionar su actuación y decisiones de gasto.

A falta de ello sólo se ofrece una motivación apodíctica, careciendo de razonable fundamentación calificar un precio como superior sin efectuar una medición económica ligada a la audiencia y repercusión social o al índice de impacto del medio. Que un precio sea superior en términos de gasto por cuña no significa que lo sea en términos de proporcionalidad del gasto, como tampoco implica que sea abusivo, cuando no existe una unificación de los costes.

Falta, en definitiva, una justificación que objetive la decisión y permita someterla a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad. Y en ausencia de ello no está justificada la eliminación de Radio Castellón, S.A., del reparto equitativo de la publicidad institucional. Con ese trato desigual, el Ayuntamiento de Castellón de la Plana, sin razones aptas conocidas, limita a una parte muy representativa de ciudadanos la información que aquel ente público considera necesario transmitir, y a la recurrente sus fuentes previsibles de financiación, con los efectos aparejados ya descritos ex art. 20 CE.

Tan inadmisibles resulta despreciar el elemento económico, pues los entes públicos deben velar por un adecuado gasto público, como excluir de partida a cualquier medio, más cuando lo es de relevancia en función de sus niveles de audiencia, por el hecho de su mayor precio de tarifa, ya que los poderes públicos no pueden desatender otros factores en juego, ni despreciar la necesaria igualdad de los medios, la función de pluralismo que despliegan en relación con su viabilidad económica y el objetivo de la publicidad institucional misma. La garantía de la opinión pública libre, que de manera mediata queda con estas prácticas potencialmente comprometida, siquiera en algún modo incidida, obligaba a un examen diferente, integrador de todas las variables en juego, no solamente la económica, medida por lo demás en función del precio formal, sin proyección proporcional de costes en función del impacto mediático de la cuña publicitaria.

Y el resultado apreciable no es sino la carencia de soporte y respaldo en Derecho de la vía de hecho impugnada, resultado que se daría exactamente igual si se perjudicara sin razones objetivas y sin criterios de proporcionalidad a medios de menor audiencia o de cualquier tendencia editorial. En ese escenario, con independencia de que puedan sembrarse dudas sobre la concurrencia de factores solapados, ideológicos o de otro tipo, de lo que queda constancia es de un desigual trato que no cumple los mandatos constitucionales de objetividad y proporcionalidad.

Cabe concluir, por consiguiente, que es contrario al art. 14 CE la exclusión absoluta de la inserción de publicidad institucional en un medio de comunicación, particularmente relevante en función de su implantación y audiencia, sin justificación administrativa alguna que objetive la decisión de conformidad con la pluralidad de elementos concurrentes. La vía de hecho del Ayuntamiento, por tanto, resulta contraria al principio de igualdad (art. 14 CE).

9. Los razonamientos expuestos conducen a otorgar el amparo, una vez constatada la existencia de una desigualdad de trato en la vía de hecho administrativa impugnada, sin necesidad de entrar a conocer los motivos articulados por el cauce del art. 44 LOTC, habida cuenta que, conforme advertíamos al principio, sólo mediata e indirectamente entra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión

en la medida en que los órganos judiciales no repararon la lesión constitucional cometida por la Administración.

El otorgamiento del amparo y la nulidad por este motivo de la vía de hecho que supuso la exclusión de Radio Castellón, S.A., de las campañas publicitarias en el período temporal reclamado implica forzosamente la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales que la confirmaron, con la finalidad de restablecer el derecho fundamental vulnerado (SSTC /1993, de 18 de octubre, FJ 2, y /2003, de 2 de junio, FJ 5), a cuyo fin, al tratarse de un conjunto de campañas publicitarias referidas a un periodo de tiempo ya consumado, procederá la retroacción de las actuaciones a la vía judicial para que se disponga la reparación pertinente en congruencia con las peticiones del recurso contencioso-administrativo.

Fallo

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Radio Castellón, S.A.

Votos particulares

1. Voto particular que formula el Magistrado don Juan José González Rivas, respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo 6050-2012.

En ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con el mayor respeto a la opinión mayoritaria, expreso mi discrepancia con el fallo de la Sentencia en cuanto que declara vulnerado el derecho fundamental de la libertad de información [art. 20.1 d) CE], así como con la fundamentación jurídica, y formulo Voto particular basado en los siguientes razonamientos:

1. Lo primero que hay que significar es que la demanda sólo invoca la lesión del art. 20 CE (pág. 18 y 22 de la demanda) al instrumentalizarse la vía de hecho como medio de represalia a la línea informativa seguida por el medio, girando la argumentación exclusivamente sobre la lesión en el marco del principio de igualdad (art. 14). La lesión se concreta en la demanda en la infracción del principio de igualdad que en este caso se pone en relación con las

normas de publicidad institucional contenidas en la Ley valenciana 7/2003, sin que se haga referencia a que dichas normas puedan encuadrarse en el art. 20 CE.

Por tanto, la invocación que se hace del art. 20 CE (pág. 22 de la demanda) en modo alguno es para incardinar la publicidad institucional en el derecho de los ciudadanos a recibir información del art. 20.1 d). Lo que dice la parte demandante de amparo es que se vulnera el art. 20 CE porque la no contratación de publicidad se hace en represalia a la línea informativa seguida por el medio; esto es, la vulneración del art. 20 CE es origen (motivación arbitraria) de la actividad administrativa, lo cual se ubica en el análisis del art. 14 CE (discriminación por razón de opinión).

Esta denuncia es desestimada en el fundamento jurídico 7 de la Sentencia, por lo que la doctrina que desarrolla la Sentencia sobre el derecho de los ciudadanos a recibir información del art. 20.1 d) CE en los fundamentos jurídicos 3 a 5 queda extramuros del debate procesal planteado en la demanda de amparo.

2. En mi opinión, en los fundamentos jurídicos 3 a 5 se desenfoca el objeto del amparo y se elabora una doctrina sobre la publicidad institucional y su inserción en el art. 20.1 d) CE, que ni se plantea por las partes ni tan siquiera tiene relevancia para resolver el recurso que se formula desde el estricto prisma de la igualdad, cuando la esencia de la cuestión planteada es el análisis de la falta de prueba de la discriminación por razón de opinión, así como del panorama indiciario que permite identificar la vulneración del art. 14 CE.

3. Por lo demás, el desarrollo argumental de los fundamentos jurídicos 3 a 5 aparece además contrario a la propia doctrina constitucional en que se apoya. Así, la STC /2003, de 28 de enero, dejó claro que la información vertida por las instituciones públicas o sus órganos en el ejercicio de sus atribuciones —en el cual se inserta claramente la publicidad institucional— queda fuera del ámbito protegido por esta libertad reconocida en el art. 20.1 d) CE , con cita del ATC/1993, de 21 de enero y señala en el fundamento jurídico 8 lo siguiente, al final del mismo “ha de señalarse, en lo que aquí interesa y como se infiere del Auto 19/1993, de 21 de enero, respecto a la titularidad por los instituciones públicas o sus órganos de libertad de información, que la

información vertida por las instituciones públicas o sus órganos en el ejercicio de sus atribuciones queda fuera del ámbito protegido por esta libertad reconocida en el art. 20.1.d CE”.

4. Por otra parte, tanto la Ley estatal 29/2005, de 14 de febrero, como la Ley valenciana 7/2003, de 20 de marzo, incluyen diferentes objetivos de la publicidad institucional muy alejados del derecho fundamental a recibir información del art. 20.1 d) CE como “promover la comercialización de productos españoles”, “atraer inversiones extranjeras”, “promoción de específicos sectores económicos”, “promoción de los propios valores o señas de identidad del territorio o de la población de la administración anunciante”, “mejora de la imagen”, etc. Y es que la publicidad tiene una finalidad eminentemente divulgativa, sin perjuicio de que pueda servir a otros fines, en tanto que la información es un vehículo comunicativo. En el presente recurso no se han debatido los contenidos de la publicidad institucional contratada, por lo que no puede aseverarse que los mismos tuvieran un contenido informativo o de comunicación institucional.

5. En consecuencia, los fundamentos del reparto equitativo de los fondos destinados a publicidad institucional no deriva, en mi opinión, de su conexión con el art. 20.1 d) CE, sino de los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido en el art. 9 CE, del principio de igualdad proclamado por el art. 14 CE, o de la declaración del art. 103 CE, párrafo primero, que ordena a la Administración pública servir con objetividad los intereses generales, principios que informan la regulación legal, a la que debe someterse la Administración conforme al mandato constitucional del art. 106.1 CE.

En idéntico sentido que esta Sentencia puede consultarse la **STC 130/2014** de 21 de julio.

Además de ello, conviene citar una serie de Sentencias que afectan al Derecho a la información, en las que se reitera la doctrina del Tribunal Constitucional en conflictos entre el derecho a la información y la libertad de expresión y los derechos al honor, intimidad y propia imagen: **SSTC 176/2013, 190/2013; 208/2013; 216/2013; 7/2014; 19/2014 y 79/2014.**

Uniones de Hecho

SENTENCIA 40/2014, de 11 de marzo de 2014

I. Antecedentes

1. El día 15 de febrero de 2011 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Constitucional un escrito de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de 14 de diciembre de 2011 por el que se acuerda plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el párrafo quinto del art. 174.3 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (en adelante, LGSS), por posible vulneración del art. 14 CE.

2. Los antecedentes de hecho del planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) Doña A.P.D.S., con fecha de 28 de enero de 2009, presentó demanda en reclamación de pensión de viudedad por el fallecimiento de su pareja de hecho, ocurrido el día 28 de noviembre de 2008. La solicitud fue denegada por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 30 de enero de 2009, por no haber acreditado la convivencia ininterrumpida durante cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante, ni la constitución formal de la pareja de hecho, así como tampoco el requisito concerniente a la cuantía de los ingresos percibidos. Interpuesta reclamación previa fue desestimada por resolución de la entidad gestora de 25 de marzo de 2009.

b) Formulada demanda por la interesada frente a la anterior resolución administrativa, correspondió conocer de la misma al Juzgado de lo Social núm. 4 de Gijón (autos núm. 389-2009) sobre Seguridad Social, que la desestimó por Sentencia de 30 de septiembre de 2009. En la citada resolución judicial se recogen, entre otros, como hechos

probados, que la demandante y el causante figuraban empadronados en un determinado domicilio desde 1996 y que de la convivencia en común habían nacido dos hijos, habiéndose expedido el libro de familia de la pareja con fecha de 30 de septiembre de 1996; que, al menos desde el año 1991, la actora figuraba en el Instituto Nacional de la Seguridad Social junto con sus dos hijos como familiar a cargo del ahora causante, y que no constaba la constitución como pareja de hecho en ningún documento público, ni en registro específico de uniones de hecho. Delimitados los hechos, se aprecia por el Juzgado que, de los requisitos exigidos en el art. 174.3 LGSS para lucrar la pensión de viudedad, se cumplía con el requisito de convivencia estable y notoria con el causante durante el plazo ininterrumpido de cinco años, así como el relativo a la carencia de rentas, pero no con la exigencia relativa a la inscripción de la pareja de hecho en alguno de los registros específicos existentes al respecto o su constitución mediante documento público.

c) Contra dicha Sentencia la actora interpuso recurso de suplicación, sustanciado bajo el número 231-2010 ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. En el mismo se alegaba que en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se lleva a efecto conforme a lo que establezca su legislación específica, y que, en el caso de autos, había de aplicarse el art. 3 de la Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, según la cual, se entiende por tales las que han convivido maritalmente como mínimo un periodo ininterrumpido de un año, pudiendo ser acreditada la convivencia por medio de cualquier medio de prueba admitido en Derecho. En definitiva, se sostiene que conforme a la citada legislación autonómica, y habiendo quedado acreditada tal convivencia, la actora tenía derecho a la pensión reclamada.

d) El recurso de suplicación fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 23 de abril de 2010, que confirmó lo decidido en la instancia al considerar incumplido por la actora el requisito de constitución formal de la pareja de hecho. En este sentido, señala la Sala que tal exigencia, imprescindible para tener derecho a la pensión al tener carácter acumulativo con el resto de los requisitos exigidos legalmente, era

diferente al de la exigencia de convivencia estable, y que no teniendo el Principado de Asturias un Derecho civil propio, la actora debía registrarse por el régimen general previsto en el art. 174.3 LGSS. Se añade que conforme a la doctrina de esa Sala, la referencia del art. 174.3 LGSS a las Comunidades Autónomas con “Derecho civil propio” quedaba limitada a las Comunidades con Derecho foral, no siendo ese el caso del Principado de Asturias. Por consiguiente, se desestima la pretensión de la recurrente de poder acreditar la existencia de la pareja de hecho estable a través de cualquier medio de prueba en aplicación de lo dispuesto en la Ley autonómica.

e) Frente a la anterior resolución judicial, la actora formuló recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (recurso núm. 2563-2010). Una vez concluida la tramitación del citado recurso, y estando el proceso en trámite de Sentencia, la Sección, mediante providencia de 7 de julio de 2011, acordó conferir plazo común de diez días a las partes y al Ministerio Fiscal para que pudieran alegar sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad con relación a los párrafos 4 y 5 del art. 174.3 LGSS por posible vulneración del art. 14 CE, sobre la base de que, debido a la remisión que se efectúa a la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, el derecho a la pensión de viudedad podría depender del lugar de residencia o de la vecindad, produciendo situaciones de desigualdad contrarias al citado precepto constitucional.

f) Evacuado el referido trámite, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, por medio de Auto de 14 de diciembre de 2011 acordó elevar a este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad sobre el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS por posible vulneración del art. 14 CE.

(...)

II. Fundamentos Jurídicos.

1. En este proceso constitucional se ha de decidir la duda constitucional suscitada por la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo, en relación con el párrafo quinto del art. 174.3 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS), en la

redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social

La norma cuestionada establece lo siguiente:

“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.”

La Sala considera que la citada norma podría resultar contraria al principio de igualdad (art. 14 CE) en cuanto establece para ciertas Comunidades Autónomas, por vía de remisión a su legislación específica, una regulación sobre la acreditación de los requisitos para acceder a la pensión de viudedad en los casos de parejas de hecho que difiere de la regla general sobre tal extremo contenida en el párrafo cuarto del mismo precepto legal. Unido a lo anterior plantea que, siendo competencia exclusiva del Estado la “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social” (art. 149.1.17 CE), no parece constitucionalmente admisible que sean leyes autonómicas — aunque en virtud de remisión por ley estatal — las que contengan la regulación de un aspecto tan importante de la pensión como es el de “la consideración de pareja de hecho y su acreditación, que es el requisito ineludible para poder obtener dicha pensión”.

Aunque, como ha quedado dicho, sólo se cuestiona el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS, para su mejor entendimiento conviene también reproducir el contenido del precedente párrafo cuarto, según el cual:

“A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida con análoga relación de efectividad 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 deberá haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.”

Para el Tribunal Supremo, en caso de que se considere que el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS viola el principio de igualdad ante la ley, se abren dos posibilidades: 1) declarar nulo por inconstitucional dicho párrafo, eliminando así la remisión que establece y dejando solamente en vigor la regla general del párrafo cuarto; o 2) declarar parcialmente inconstitucional el citado precepto si se entiende que la remisión que hace a la legislación específica de las Comunidades Autónomas se refiere exclusivamente a las leyes autonómicas sobre las parejas de hecho y la regla general del párrafo cuarto no es más que una regla subsidiaria para el caso de inexistencia de esa legislación específica sobre parejas de hecho de carácter autonómico, siendo entonces la diferencia de trato resultante consecuencia lógica del principio de autonomía política, encontrando en tal principio la justificación de dicha diferencia.

El Abogado del Estado interesa la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad por entender que la coexistencia de diversos derechos civiles dentro del Estado español debe ser tenida en cuenta por el legislador básico, o, al menos, puede serlo lícitamente a los efectos aquí previstos. El Fiscal General del Estado considera que la cuestión de inconstitucionalidad debe ser desestimada tanto por razones procesales como por razones de fondo. Así, a su juicio, el precepto cuestionado no es aplicable al caso ya que el único precepto que resulta aplicable para resolver la litis es el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS. Además entiende que el instrumento jurídico a través del cual debiera denunciarse la que califica como patente quiebra del derecho a la igualdad en la ley del art. 14 CE, no puede ser el de la cuestión de inconstitucionalidad invocando para ello la oposición a la Constitución de un precepto no aplicable al caso, sino, bien la formulación que en su momento hubiere podido efectuarse por quien se hallaba legitimado para ello de un recurso de inconstitucionalidad, o bien, y una vez sometido el asunto al conocimiento de un Tribunal, mediante una interpretación sistemática e integradora del precepto a aplicar. Por su parte la Letrada de la Administración de la Seguridad Social considera que el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS no vulnera

el art. 14 CE pues el principio de autonomía política junto con la posibilidad de conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, y que hayan desarrollado legislación relativa al estado civil de las personas, justifica la remisión que el párrafo quinto del art. 174.3 realiza a las mismas.

(...)

3. Con carácter previo al examen de fondo resulta conveniente analizar, siquiera brevemente, el contenido del art. 174.3 LGSS.

En el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, que, a su vez, traía causa de la Declaración para el diálogo social firmada por los mismos interlocutores el 8 de julio de 2004, se incluían una serie de compromisos que afectaban a la pensión de viudedad. En concreto, entre otras medidas se acordó adecuar la acción protectora del sistema a las nuevas realidades sociales y así reconocer la pensión de viudedad a las parejas de hecho que acrediten “convivencia mutua, estable y notoria, durante un periodo amplio, a determinar en el desarrollo del Acuerdo”.

Con la finalidad de dar el adecuado soporte normativo a buena parte de los compromisos relativos a acción protectora incluidos en el referido acuerdo se aprobó la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Como señala la exposición de motivos de la Ley, “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”. En efecto, la Ley 40/2007 dio una nueva redacción al art. 174 LGSS, y en concreto, en su apartado tercero estableció los requisitos que deben cumplir las

parejas de hecho para tener acceso a la pensión de viudedad. Así, además de los requisitos de alta, cotización y situación de dependencia económica, se exigen dos requisitos simultáneos para que el miembro superviviente de la pareja de hecho pueda obtener la pensión de viudedad:

a) de un lado, la convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años (a acreditar mediante el correspondiente certificado de empadronamiento); y,

b) de otro, la publicidad de la situación de convivencia *more uxorio*, imponiendo, con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento, la inscripción en el registro de parejas de hecho (en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia) o la constitución en documento público.

Como ha señalado el Tribunal Supremo, la solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo (la existencia de la pareja de hecho), sino que el art. 174.3 LGSS se refiere a dos exigencias diferentes: la material, esto es, la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante; y la formal, *ad solemnitatem*, es decir, la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de “análoga relación de afectividad a la conyugal”, con dos años de antelación al hecho causante. De este modo, la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas registradas al menos dos años antes del fallecimiento del causante (o que han formalizado su relación en documento público en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan el aludido requisito de convivencia.

Por otra parte, el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS remite a la legislación de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio todo lo relativo a la “consideración” y a la “acreditación” de pareja de hecho, a salvo del “requisito de convivencia”. De este modo, el art. 174.3 LGSS diferencia dos regímenes distintos en función de si la

pareja de hecho reside en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio o no.

El art. 174.3 LGSS, como se desprende de una interpretación literal, no se remite a las normas sobre parejas de hecho aprobadas por la gran mayoría de las Comunidades Autónomas, sino exclusivamente a la legislación sobre parejas de hecho de aquellas Comunidades Autónomas que cuentan con “Derecho civil propio”. Así, puede darse la circunstancia de que la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio establezca una definición de pareja de hecho distinta a la prevista en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS, o que para la acreditación de la pareja de hecho no se exija inscripción registral o documento público. Si el concepto de pareja de hecho y la acreditación de su existencia en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio fueran coincidentes con lo previsto en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS, ninguna peculiaridad cabría reseñar, pero el problema se plantea en la práctica por la diferencia de criterios existente.

A título meramente ejemplificativo de la diferencia de criterios existente entre la forma de acreditación de la pareja de hecho prevista en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS y la prevista en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio podemos citar la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las Islas Baleares, que no prevé que la acreditación de la pareja estable se lleve a cabo mediante documento público y exige, con carácter constitutivo, inscripción en el registro de parejas estables de las Islas Baleares (art. 1.2). En el mismo sentido se pronuncian la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, que considera parejas de hecho a las inscritas en el registro de parejas de hecho de Galicia, la Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, que en su art 3 prevé que la inscripción de la pareja en el registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco tendrá carácter constitutivo y la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana que también en su art. 3 afirma que la inscripción de la unión de hecho en el registro de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana tiene carácter constitutivo. Por su parte, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que

aprueba el Código del Derecho foral de Aragón, prevé en su art. 305 que la existencia de pareja estable no casada podrá acreditarse, si no existiera escritura pública, mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, especialmente, a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia.

Y por lo que se refiere a la “consideración” de pareja de hecho también existen diferencias entre el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS y la regulación de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. En efecto, el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS considera 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”. De acuerdo con los arts. 46 y 47 del Código civil no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados, los que están ligados con vínculo matrimonial, los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado y los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. Pues bien, ninguna de las normas sobre parejas de hecho de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio recoge éste último impedimento y por lo que se refiere a los colaterales por consanguinidad algunas de dichas normas impiden constituir una pareja de hecho a los colaterales hasta el segundo grado (art. 2.1 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de igualdad jurídica de parejas estables de Navarra; art. 306 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código del Derecho foral de Aragón; art. 234.2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, por el que se aprueba el Código civil de Cataluña; art. 2 de la Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho; art. 4 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana) y otras los amplían a los colaterales por adopción (art. 306 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código del Derecho foral de Aragón; disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia; art. 4 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana).

Ciertamente, como se puede comprobar, el análisis de las leyes sobre parejas de hecho dictadas por las Comunidades Autónomas con

Derecho civil propio pone de manifiesto que existen diferencias entre estas normas y lo previsto con carácter general en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS, tanto en la consideración de pareja de hecho como en su acreditación. Sin embargo, la duda de constitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo se ciñe al inciso del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS relativo a la acreditación formal de la pareja de hecho, porque es el único de aplicación al caso. Así pues, nuestro examen debe ceñirse al fragmento del precepto cuestionado que prevé que en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio la acreditación de la pareja de hecho se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica, sin perjuicio, claro es, de que las conclusiones alcanzadas en ese examen puedan extenderse por vía de conexión o consecuencia, en virtud del art. 39.1 LOTC, a otras partes del precepto cuestionado, al margen de su posible relevancia para la resolución del presente caso (STC /1991, de 18 de julio, FJ 1), si a ello hubiera lugar.

4. Una vez expuesto el contenido de la norma cuestionada y las diferencias existentes en la forma de acreditación y consideración de la pareja de hecho entre lo previsto en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS y las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, estamos ya en condiciones de abordar las dudas de constitucionalidad planteadas por el Tribunal Supremo. En este sentido, conviene recordar que el Tribunal Supremo plantea dos dudas relacionadas entre sí: la vulneración del art. 14 CE y la del art. 149.1.17 CE.

Para el Tribunal Supremo el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS puede vulnerar el principio de igualdad ante la ley previsto en el art. 14 CE pues puede ocurrir que, estando ante parejas de hecho en idéntica situación fáctica, el derecho a la pensión de viudedad les sea reconocido o denegado en función únicamente de la Comunidad Autónoma en que tengan su residencia o vecindad, y más en concreto, en función de si dicha Comunidad cuenta o no con Derecho civil propio. Remisión del legislador estatal que contravendría también el art. 149.1.17 CE.

Examinada la cuestión desde la perspectiva de la cláusula general de igualdad, se hace necesario recordar que, “como tiene declarado este Tribunal desde la STC /1981, de 2 de julio (recogiendo al respecto la

doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable” (STC /2013, de 14 de febrero, FJ 6).

De esta suerte, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de manera que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En suma, el principio de igualdad en la ley no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC /1981, de 2 de julio, FJ 3; /1982, de 14 de julio, FJ 2; /1983, de 24 de enero, FJ 4; /1984, de 20 de febrero, FJ 6; /1987, de 22 de diciembre, FJ 3; /1988, de 10 de noviembre, FJ 6; /1991, de 31 de enero, FJ 2; /1993, de 25 de marzo, FJ 6; /1993, de 27 de mayo, FJ 2; /1993, de 16 de noviembre, FJ 4; /1998, de 2 de junio, FJ 8; /2001, de 4 de octubre, FJ 4, y /2002, de 14 de febrero, FJ 4, por todas).

Debemos, en consecuencia, determinar si la diferencia de trato que el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS establece entre parejas de hecho con residencia en Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, que hubieran aprobado legislación específica en materia de uniones de hecho, y parejas de hecho con residencia en Comunidades Autónomas que no ostentan competencias en materia de Derecho civil, responde a una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcionada, tomando también en consideración que se trata de una prestación de

Seguridad Social establecida por el Estado con fundamento en el art. 149.1.17 CE.

El párrafo quinto del art. 174.3 LGSS viene a introducir en la pensión de viudedad un criterio de diferenciación entre los sobrevivientes de las parejas de hecho: el lugar de residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho. Pero no contiene ninguna justificación de ese criterio diferenciador. Es cierto que en materia de prestaciones de la Seguridad Social, y en concreto en relación con el subsidio de desempleo para trabajadores eventuales sólo en Andalucía y Extremadura, este Tribunal apreció esa justificación objetiva en atención a que “la situación de necesidad, y las perspectivas en orden a su remedio o agravación pueden verse afectadas por el contexto territorial en que se produzcan” (STC /1989, de 11 de mayo, FJ 4). De este modo, en aplicación de esa doctrina, si las parejas de hecho de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio estuvieran en una situación de necesidad particular que obligara a establecer excepciones a la regla general, podríamos apreciar la existencia de una justificación objetiva. Sin embargo, en el caso de la pensión de viudedad, las diferencias en función del criterio de residencia en una u otra Comunidad Autónoma no gozan de esa justificación objetiva, por cuanto no se aprecian razones para deducir que la situación de necesidad en relación a esta prestación es mayor o más grave en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

La diferencia que establece la norma tampoco está justificada en atención a la finalidad de la prestación que en el caso de las parejas de hecho, según hemos señalado en la STC/2013, de 14 de febrero, FJ 4, no es otra que la atender un estado real de necesidad del supérstite, en función de su nivel de ingresos propios y de la existencia o no de cargas familiares, otorgando a tal efecto una pensión que depende en su cuantía de las cotizaciones efectuadas por el causante al régimen de Seguridad Social correspondiente. En efecto, no debemos olvidar que el art. 174.3 LGSS regula los requisitos de acceso de las parejas de hecho a una prestación contributiva de la Seguridad Social y los requisitos de acceso a la prestación deben ser iguales para todos los que actualicen la contingencia correspondiente.

El régimen público de la Seguridad Social se configura como una función de Estado destinada a garantizar la asistencia y prestaciones suficientes en situaciones de necesidad y al hacerlo debe asegurar la uniformidad de las pensiones en todo el territorio nacional. Como señala el art. 2.1 LGSS, “el Sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad”. Y siguiendo estos principios hemos afirmado que las diferentes prestaciones “de la materia ‘Seguridad Social’ conforman un entramado dirigido a la cobertura de riesgos y a la atención de otras situaciones de necesidad que presentan una tendencia de unidad y estabilidad en el tiempo y en el conjunto del territorio nacional” (STC /2002, de 11 de diciembre, FJ 8). El régimen público de Seguridad Social debe ser único y unitario para todos los ciudadanos (art. 41 CE), y garantizar al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (STC /1989, de 7 de julio, FJ 3), siendo ambos aspectos responsabilidad del Estado, en los términos el art. 149.1.17 CE. En consecuencia, la determinación de los sujetos beneficiarios de una prestación de la Seguridad Social, en este caso la pensión de viudedad, constituye una norma básica que corresponde establecer al Estado ex art. 149.1.17 CE y debe hacerlo de forma unitaria para todos los sujetos comprendidos dentro de su ámbito de cobertura, salvo razones excepcionales debidamente justificadas y vinculadas a la situación de necesidad que se trata de proteger. Es claro a este respecto que, en principio, el art. 149.1.17 CE demanda la fijación de los requisitos y del régimen jurídico de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, de tal forma que el deber de fijar de modo uniforme los requisitos de acceso a la pensión de viudedad forma parte del contenido que protege el citado precepto constitucional.

5. Debemos plantearnos, no obstante, si, como sostienen el Abogado del Estado, el Fiscal General del Estado y la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, la justificación de la norma cuestionada se encuentra en el respeto a la competencia autonómica prevista en el art. 149.1.8 CE, relativa a la “conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”.

Es cierto, que, conforme a consolidada doctrina, “la noción constitucional de ‘desarrollo’ permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de ‘modificación’. El ‘desarrollo’ de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar” (SSTC /1993, de 12 de marzo, FJ 3; /1993, de 6 de mayo, FJ 1; /2010, de 28 de junio, FJ 76).

Conviene hacer no obstante dos precisiones a efectos de valorar si la existencia de esa competencia autonómica proporciona justificación suficiente a la norma cuestionada. La primera es que la norma ahora cuestionada relaciona dos planos, las competencias autonómicas en materia de derecho civil con la existencia de normas de las Comunidades Autónomas que regulen las parejas de hecho, planos que no tienen por qué ser coincidentes ni suponen que dichas normas se fundan en la aludida competencia (al respecto, STC /2013, de 11 de abril, en relación con la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho). La segunda, relacionada con la anterior, es que la diferencia que introduce el precepto no se vincula estrictamente hablando con la “conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, sino con la existencia de legislación reguladora de las parejas de hecho en aquellas Comunidades Autónomas que hubieran asumido estatutariamente dicha competencia en el marco previsto en el art. 149.1.8 CE y con

independencia de cuál sea el contenido material de dicha legislación. Es decir, la diferenciación que se introduce se formula con independencia de cuál sea el contenido concreto de dicha legislación de parejas de hecho y la eventual relación que pudiera tener con el derecho civil propio de las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, atendiendo a su contenido, es claro que el precepto cuestionado no tiene por objeto la regulación de las parejas de hecho, ni guarda tampoco relación con las competencias autonómicas en materia de Derecho civil, porque no se trata de modificar, conservar o desarrollar el Derecho civil foral, lo que derivaría en diferencias consecuencia de la coexistencia de distintos derechos civiles en el ordenamiento español. En realidad se trata de una norma de Seguridad Social que, por referencia a otras normas, regula, exclusivamente, la forma de acreditar los requisitos para el acceso a una prestación de la Seguridad Social, la pensión de viudedad en el caso de parejas de hecho estables. Esto es, la finalidad de la norma es concretar los requisitos para acreditar la existencia de una unión de hecho a efectos de reconocer al superviviente el derecho a percibir una pensión de viudedad. Por tanto, como el Auto del Tribunal Supremo apunta, el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS no constituye una norma de legislación civil vinculada al art. 149.1.8 CE, sino una norma de Seguridad Social que, en principio y salvo justificación suficiente que no concurre en este caso, debería establecer los requisitos que las parejas de hecho tienen que cumplir para poder lucrar en su momento una pensión de viudedad con el más exquisito respeto al principio de igualdad, tal como ya hemos dejado sentado. Lo contrario conduce al resultado de introducir diversidad regulatoria en un ámbito en el que el mantenimiento de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional deriva del art. 14 CE en relación con el art. 149.1.17 CE. Con el precepto que enjuiciamos, el legislador introduce, siquiera por vía de remisión, un factor de diversidad determinante de la desigualdad de trato en el régimen jurídico de la pensión de viudedad, trato desigual que ya hemos considerado carente de justificación. Incluso, en cuanto la norma estatal remite a las legislaciones autonómicas, podría entenderse que el Estado, con dicha remisión, está obviando las atribuciones que le confiere el art. 149.1.17 CE, ignorando que, como hemos declarado reiteradamente, las competencias tienen carácter

irrenunciable [STC/2012, de 29 de noviembre, FJ 6 j) y las allí citadas].

En efecto, el art. 174 LGSS, tras la redacción dada a este precepto por la Ley 40/2007, ha establecido como posibles vías de acceso del miembro superviviente de la pareja a la pensión de viudedad, dos tipos de vínculo jurídico previo entre ambos: el matrimonio, o la pareja de hecho debidamente legalizada. Como señala la exposición de motivos de la Ley 40/2007, la ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hace imprescindible delimitar, si bien exclusivamente a efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, los perfiles identificativos de dicha situación. Y eso es precisamente lo que hace el art. 174.3 LGSS: establecer la forma de acreditar los requisitos para el acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad, materia caracterizada por constituir “un régimen legal que tiene como límites, entre otros, el respeto al principio de igualdad” y “la prohibición de arbitrariedad” (STC/1987, de 21 de julio, FJ 4).

Por último, debemos señalar que, además de carecer de justificación suficiente, la aplicación del párrafo cuestionado puede conducir además a un resultado desproporcionado, pues dependiendo de la Comunidad Autónoma de residencia el superviviente de la pareja de hecho podrá tener o no acceso al cobro de la correspondiente pensión.

En consecuencia, debemos llegar a la conclusión de que no es posible deducir finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho.

6. Con el objeto de eliminar la desigualdad que se deriva del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS, en lo que a la forma de acreditación de la pareja de hecho se refiere, en relación con el párrafo cuarto, la Sala proponente de esta cuestión de inconstitucionalidad plantea como alternativa entender que la remisión del párrafo quinto a la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio debe entenderse hecha a las leyes de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas, tengan o no las mismas Derecho civil

propio. Sin embargo, de aceptarse esta solución persistiría la desigualdad dimanante de la propia diversidad de esas leyes autonómicas de parejas de hecho, porque el problema de fondo que el precepto cuestionado plantea no es la limitación de la remisión a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, sino la remisión a la legislación autonómica en sí misma cuando se trata de determinar los requisitos de acceso a una prestación de la Seguridad Social. En consecuencia, las conclusiones alcanzadas en el examen de constitucionalidad del inciso del precepto cuestionado (acreditación de la pareja de hecho), deben extenderse por vía de conexión o consecuencia, en virtud del art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), a todo el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS.

Por todo lo señalado, debemos estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada, y declarar inconstitucional y nulo el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS por vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1.17 CE.

Llegados a este punto resulta necesario pronunciarse acerca de la modulación del alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad y nulidad que, siguiendo en este punto la doctrina recogida —entre otras muchas— en las SSTC /1989, de 20 de febrero, FJ 11;/2000, de 29 de junio, FJ 7; /2006, de 21 de diciembre, FJ 8, y/2012, de 20 de septiembre, FJ 7, no solo habrá de preservar la cosa juzgada (art. 40.1 LOTIC), sino que, igualmente, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica (art.9.3 CE), se extenderá en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes, de suerte que esta declaración de inconstitucionalidad sólo será 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.

Fallo

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia declarar que el párrafo quinto del art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, es inconstitucional y nulo con los efectos señalados en el fundamento jurídico 6.

Votos particulares

1. Voto particular que formulan la Magistrada doña Encarnación Roca Trías y el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 932-2012.

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de nuestros compañeros del Pleno, y antes de entrar a manifestar las razones por las que entendemos debería haber sido desestimada la presente cuestión de inconstitucionalidad, debemos advertir nuestra discrepancia sobre que se haya considerado cumplido el requisito que se exige al Tribunal cuestionante para plantear la cuestión, en el sentido que la decisión del proceso dependa de la validez de la norma cuestionada (art. 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

1. Como se pone de manifiesto en el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, la duda que lleva a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a su formulación se refiere a si “la regulación que contiene el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS respeta el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 14 de la Constitución, en cuanto que establece para ciertas Comunidades Autónomas, por vía de remisión a su legislación específica, una regulación sobre la acreditación de los requisitos para acceder a la pensión de viudedad en los casos de parejas de hecho que difiere de la regla general sobre tal extremo contenida en el párrafo cuarto del mismo precepto legal”.

El citado párrafo quinto prevé una excepción a la regla general que no podrá ser aplicado al caso concreto, por cuanto el Principado de Asturias no es una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio, aunque su Estatuto de Autonomía haga una referencia al “derecho consuetudinario asturiano”. En una aproximación muy básica, por “Derecho civil propio”, entendemos aquel creado por las Comunidades Autónomas que tienen atribuida competencias en materia civil, según dispone el art. 149.1.8 CE.

Desde esta comprensión que nos parece indiscutible, no podemos sino discrepar del razonamiento esgrimido en la Sentencia según el cual, de haberse admitido por este Tribunal la opción ofrecida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de limitar la declaración de inconstitucionalidad a la citada expresión del párrafo quinto, la norma

sería aplicable al proceso a quo, por cuanto el Principado de Asturias cuenta con su propia Ley de parejas de hecho que prevé un régimen flexible de acreditación que supondría el reconocimiento a la recurrente de su derecho a la pensión de viudedad [FJ 2 b)]. Como se ha afirmado por este Tribunal, si bien es cierto que la regla general es que “es el órgano judicial el que, en el ejercicio de la función que constitucionalmente le corresponde (art. 117.3 CE), ha de interpretar los requisitos ordenadores de los procesos propios de su jurisdicción, de forma que es él quien ha de formular el pertinente juicio de aplicabilidad de la norma cuestionada a los hechos enjuiciados, juicio sobre el que este Tribunal únicamente ejerce un control meramente externo (SSTC /2004, de 13 de abril, FJ 1; y/2008, de 30 de octubre, FJ 4)” (STC /2014, de 30 de enero, FJ 3), no lo es menos que “existen supuestos en los que este Tribunal, en el ejercicio de sus facultades de control externo del juicio de aplicabilidad y de relevancia formulado por los órganos judiciales al plantear la cuestión de inconstitucionalidad, puede declarar su inadmisibilidad por resultar notoriamente inconsistente o equivocada la argumentación judicial sobre la aplicabilidad al caso de la norma cuestionada, pues con ello se garantiza que la cuestión responde a la finalidad concreta que la justifica” (STC /2014, FJ 3).

Debe tenerse en cuenta que “la Constitución ha condicionado la procedencia de este procedimiento al hecho de que la aplicación de la norma cuestionada sea necesaria en un proceso jurisdiccional concreto, pues, en caso contrario, se trataría del enjuiciamiento en abstracto, desligado del caso de aplicación al que se refiere el art. 163 CE, lo que es improcedente en una cuestión de inconstitucionalidad” (STC /2014, FJ 5). Es por ello que tampoco podemos participar de la idea de que la necesaria aplicabilidad y relevancia de la norma exigible por ser la cuestión de inconstitucionalidad un proceso de control concreto, pueda hacerse derivar de la finalidad del proceso que la originó; en este caso un recurso de casación para la unificación de doctrina.

En definitiva, entendemos, al igual que el Fiscal, que la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), no solo no es aplicable al proceso, sino que tampoco es relevante a efectos de la

resolución del litigio, por cuanto el reconocimiento de la pensión puesta en cuestión fue solicitada por una pareja de hecho residente en una Comunidad Autónoma sin Derecho civil propio.

2. Una vez determinada la discrepancia relativa al cumplimiento de los requisitos de aplicabilidad y relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad 932/2012, debemos argumentar nuestra disconformidad con los razonamientos que llevan al Pleno a estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en relación con el art. 174.3 LGSS, que, bajo determinadas condiciones, reconoce derecho a la pensión de viudedad al miembro sobreviviente de una pareja de hecho. El segundo inciso del art. 174.3 LGSS dice:

“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.”

La Sentencia de la que se discrepa considera que “existen diferencias entre estas normas y lo previsto con carácter general en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS, tanto en la consideración de pareja de hecho como en su acreditación”. Después de decir que el artículo cuestionado “no tiene por objeto la regulación de las parejas de hecho, ni guarda tampoco relación con las competencias autonómicas en materia de Derecho civil...”, concluye que se trata de “[u]na norma de Seguridad Social que, por referencia a otras normas, regula exclusivamente, la forma de acreditar los requisitos para el acceso a una prestación de la Seguridad Social”, como es la pensión de viudedad de las parejas de hecho. Concluye que teniendo esta naturaleza, la Ley general de la Seguridad Social “debería establecer los requisitos que las parejas de hecho tienen que cumplir para poder lucrar en su momento una pensión de viudedad con el más exquisito respeto al principio de igualdad”. La Sentencia considera que el legislador introduce “una diversidad regulatoria en un ámbito en el que el mantenimiento de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional deriva del art. 14 CE en relación con el art. 149.1.17 CE” y el trato desigual que introduce el legislador constituye “un factor de diversidad determinante de la desigualdad de trato en el régimen

jurídico de la pensión de viudedad, trato desigual que ya hemos considerado carente de justificación”.

De aquí que la Sentencia llegue a la declaración de inconstitucionalidad del segundo inciso del art. 174.3 LGSS, transcrito más arriba, porque considera que la desigualdad de trato respecto a quienes están sometidos a una legislación autonómica de una Comunidad con Derecho civil propio no es aceptable porque se trata de una norma de Seguridad Social, no civil, y no existe justificación suficiente sobre la desigualdad de trato.

3. Las razones de nuestra discrepancia son las siguientes:

1ª La Sentencia de la que se discrepa pone de relieve las diferencias de criterio existentes en las distintas Comunidades Autónomas entre ellas y con otras que no tienen competencias en materia civil, tema al que aluciremos más adelante. La pregunta no es si estas diferencias existen o no, sino, si produciéndose, son contrarias al principio de igualdad.

La jurisprudencia de este Tribunal ha mantenido la igualdad entre los sistemas civiles españoles, estatal y autonómico. La STC /1993, de 8 de julio, al tratar de la competencia del Estado en relación a la determinación de las reglas de la vecindad civil, señala que “la legislación estatal en este ámbito no podrá dar lugar a constricciones o manipulaciones arbitrarias de los respectivos ámbitos de aplicación de aquellos ordenamientos ni provocar, en concreto, un desplazamiento infundado de los Derechos civiles especiales o forales en favor del Derecho civil general o común por vía de la alteración de las reglas generales del sistema de Derecho interregional. No cuesta admitir que, si tal cosa se hiciera, se vendría a menoscabar, de modo indirecto, la competencia autonómica sobre el respectivo ordenamiento civil y a contrariar, por lo mismo, la regla contenida en el art. 149.1.8 de la Constitución. Las Cortes Generales han de establecer, sólo ellas, las normas de Derecho civil interregional, pero no es ésta una labor libre de todo vínculo o límite constitucional, por lo mismo que a través de ella se define cuál sea la proyección propia de cada ordenamiento civil y en última instancia, un elemento de capital importancia para la efectiva realización de las competencias autonómicas en este campo”. Y añade que entre los límites constitucionales “es consustancial, por

así decir, a la identidad misma de todo sistema de resolución de conflictos de leyes que no parta —como no parte el nuestro— de la preeminencia incondicionada de uno u otro de los ordenamientos que pueden entrar en colisión” (cursivas añadidas), por lo que “se preserve de este modo —en palabras, ya citadas, de la STC/1993— ‘un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles’ que coexisten en España” (fundamento jurídico 3) (STC /1993).

2ª El art. 174.3 LGSS se remite a una norma autonómica para determinar qué parejas de hecho van a ser beneficiarias de la prestación consistente en la pensión de viudedad. Ello sucede al decir que “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”. Se trata de una norma que se remite a las leyes en vigor en las Comunidades Autónomas con Derecho propio, a quienes corresponde regular este tipo de uniones. Ya se ha señalado antes que la configuración del ordenamiento civil español como un sistema plural no ha sido considerada inconstitucional, ni contraria al principio de igualdad por parte de este Tribunal. De este modo, la remisión efectuada por el artículo cuestionado a la legislación específica de las Comunidades Autónomas de Derecho civil propio no produce una desigualdad contraria al art. 14 CE, puesto que se remite al estatuto jurídico de la pareja de hecho aplicable según su vecindad civil.

3ª En efecto, la norma reguladora de esta pensión prevé dos grupos, alternativos, de requisitos que debe acreditar la persona que demande el reconocimiento de la pensión de viudedad: (i) los que se establecen en el apartado primero del tercer párrafo del art. 147 LGSS, es decir, una convivencia de cinco años, acreditada en la forma establecida, que no tengan vínculo matrimonial y que no se hallen impedidos para contraer matrimonio; este grupo de requisitos se aplicará como regla general a aquellas parejas de hecho que no estén sujetas a ninguna norma autonómica, y (ii) la regla del inciso segundo de este art. 174.3 LGSS, que señala que las parejas que deban registrarse según la norma autonómica, que haya aprobado la Comunidad autónoma con Derecho civil propio, de acuerdo con la que se exigirán los requisitos

contemplados en la legislación que les sea aplicable a quienes reclamen la pensión de viudedad.

La falta de Derecho civil propio no impedirá a las parejas de hecho de otras Comunidades Autónomas acceder a la pensión de viudedad, mediante el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 174.3 LGSS. La desigualdad se produciría si estas parejas no pudieran acceder a la pensión por carecer la Comunidad Autónoma donde se hallan domiciliadas de Derecho civil propio, pero no cuando se aplica este Derecho para determinar quiénes tienen derecho a obtener dicha pensión y se aplican las reglas de su Derecho en la constitución y la acreditación de la pareja, que conforman su estatuto jurídico.

4ª En realidad, la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo se refiere a aquellas otras Comunidades Autónomas que han regulado los efectos de las convivencias de hecho, pero que no tienen Derecho civil propio, como ocurre en el caso enjuiciado, en que la peticionaria está empadronada en la Comunidad Autónoma de Asturias. Este Tribunal ha dicho, en la STC /2013, que “Las consecuencias del examen de esta regulación desde la perspectiva del orden constitucional de distribución de competencias son claras, pues ya tenemos declarado que las regulaciones relativas a las relaciones interprivatos constituyen reglas de Derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil (STC /2012, de 1 de marzo, FJ 5), relaciones interprivatos en las que, indudablemente se integran los pactos de contenido económico y patrimonial a los que se refieren estos preceptos. En dicha materia el Estado ostenta, conforme al primer inciso del art. 149.1.8 CE, la competencia exclusiva sobre “legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. Esta última circunstancia, la previa existencia de un Derecho civil foral o especial, no concurre en el caso de la Comunidad de Madrid, cuyo Estatuto de Autonomía no recoge mención alguna a competencias autonómicas en este ámbito.”, de modo que “... como quiera que la Comunidad de Madrid no ostenta competencias sobre Derecho civil foral o especial, la regulación del art. 4 de la Ley 11/2001 se sitúa extramuros de sus facultades legislativas y vulnera las competencias del Estado, tal como las mismas se establecen en el

art. 149.1.8 CE, debiendo ser declarado, por ello, inconstitucional y nulo”.

Por ello, la Sentencia relativa a la cuestión de inconstitucionalidad debería haber aplicado la doctrina de esta Sentencia y reconocer que, no teniendo Asturias Derecho civil propio, la peticionaria de la pensión de viudedad debería haber acreditado los requisitos generales establecidos en el art. 174.3 LGSS.

5ª El ordenamiento español no funciona como un sistema de compartimentos cerrados e incomunicados, porque las diferentes partes del mismo tienen un denominador común, que es la supletoriedad del Código civil (CC), de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.3 CC, que dice que “las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”, lo que ocurre también en el art. 7.2 de la Ley general tributaria, materia en la que también rige el principio de igualdad. En aquellos casos en que se deba aplicar una legislación civil autonómica, el supletorio del derecho suplido no será el Código civil, sino el que deba aplicarse según las reglas de conflicto establecidas. Por ello, para saber cuándo existe una pareja de hecho por haberse legislado por parte de quien tiene la competencia para ello, deberá aplicarse la regla autonómica que determina su estatuto jurídico.

6ª Un nuevo argumento surge cuando se comprueban los efectos que la declaración de inconstitucionalidad de esta norma puede producir: efectivamente, las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio han regulado lo que debe considerarse como pareja de hecho con convivencia afectiva análoga a la matrimonial y han atribuido unos efectos a este tipo de unión. Si se aplican los requisitos establecidos en el art. 174.3, primer inciso, LGSS, ocurre que esta situación va a producir efectos distintos según se trate de prestaciones de la seguridad social, o de derechos sucesorios o de otro tipo, de modo que una misma convivencia sirve para obtener unos derechos en un caso y para no obtenerlos en el caso de la seguridad social. Hemos creado un problema absurdo, partiendo de una interpretación literal y no realista de la norma cuestionada.

En consecuencia estamos disconformes con la Sentencia en el sentido siguiente:

1º Debería haberse admitido el óbice procesal planteado por el Fiscal General, en el sentido que no se cumplía la exigencia del juicio de aplicabilidad.

2º Con relación al fondo de la cuestión planteada, no debería haberse declarado la inconstitucionalidad del segundo inciso del art. 174.3 LGSS, por las razones ya expresadas.

En idéntico sentido a esta Sentencia, podemos citar: las SSTC **44/2014; 45/2014; 51/2014 y 60/2014**.

SENTENCIA 92/2014, de 10 de junio de 2014

I. Antecedentes

1. Mediante providencia de 26 de febrero de 2013, el Pleno de este Tribunal admitió a trámite la presente cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por el Pleno en relación con el art. 174.1 de la Ley general de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el art. 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por posible vulneración del segundo inciso del art. 14 CE. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), acordó reservarse para sí el conocimiento de la presente cuestión.

En la misma providencia se acordó, conforme a lo establecido art. 37.3 LOTC, dar traslado de las actuaciones al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y al Fiscal General del Estado, para que en el plazo de quince días se personaran y presentaran las oportunas alegaciones. Por último, se acordó que de conformidad con el art. 35.3 LOTC, permaneciera suspendido el recurso de amparo núm. 6704-2004 hasta que el Tribunal resolviese la presente cuestión y se ordenó la publicación de la cuestión en el “Boletín Oficial del Estado”.

2. Los antecedentes de la presente cuestión interna de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) Mediante demanda que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 12 de noviembre de 2004, se interpuso por el Procurador de los Tribunales recurso de amparo en nombre y representación de don Arturo F. L., contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 8 de octubre de 2004, considerando que vulnera el art. 14 CE en relación con el art. 39 CE.

Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes. Don Arturo F. L., y don Manuel A. G., convivieron ininterrumpidamente más de cuarenta años hasta el fallecimiento de don Manuel A. G., el día 6 de agosto de 2002. En esa fecha tenía la condición de pensionista de jubilación. El demandante de amparo solicitó del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad, entendiéndolo que había de ser incluido por analogía dentro del art. 174 de la Ley general de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, lo que fue denegado en resolución de 14 de octubre de 2002 al no acreditar el solicitante matrimonio con el fallecido. Formalizó reclamación previa reiterando su pretensión, que resultó igualmente desestimada por resolución de 11 de diciembre de 2002.

El día 9 de enero de 2003 el recurrente en amparo presentó demanda para el reconocimiento de su derecho, que fue turnada al Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, el cual dictó Sentencia el 15 de mayo de 2003 desestimando la pretensión por entender que el demandante no cumplía el requisito de la previa relación conyugal predicable de quien pretende ser beneficiario de una pensión de viudedad. Formalizado recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó Sentencia, el día 8 de octubre de 2004, desestimando el recurso con fundamento en la falta de cobertura legal de la pretensión del actor, ya que el art. 174 LGSS, al regular el reconocimiento de la prestación de viudedad, no contempla el supuesto litigioso, sin que sea posible la aplicación analógica que el demandante invocaba.

b) El demandante de amparo aduce que se ha vulnerado su derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) en

relación con el art. 39 del texto constitucional. A su juicio, la denegación de la pensión de viudedad a la persona superviviente de una pareja homosexual que convivió ininterrumpidamente más de cuarenta años como si de un matrimonio se tratase supone una desigualdad de trato respecto de las parejas heterosexuales, y por tanto una discriminación por exclusiva razón de sexo, toda vez que al no existir posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo nunca pueden éstas encontrarse en la situación legal del art. 174 LGSS, en la medida en que dicho precepto sólo reconoce la pensión de viudedad al cónyuge superviviente. Por lo demás, afirma, el art. 174 LGSS viene a establecer una diferencia de trato entre miembros supervivientes de uniones estables según haya existido o no vínculo matrimonial, independientemente de la duración de la convivencia, la situación de necesidad o del desequilibrio económico causado por el fallecimiento, lo que contradice la consideración de un régimen público de la Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad pues la norma protectora relativa a las pensiones de viudedad tiene como fin compensar frente a un daño y afrontar las repercusiones económicas negativas, y tal daño en las uniones estables se produce con independencia de que exista o no vínculo matrimonial.

c) Por providencia de 8 de noviembre de 2006, la Sección Primera de este Tribunal admitió a trámite el recurso de amparo.

d) Por providencia del Pleno de este Tribunal de 11 de marzo de 2008, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Primera de este Tribunal, recabar para el mismo el conocimiento del recurso de amparo.

e) El Pleno, mediante Auto de 15 de enero de 2013, acordó plantear cuestión interna de inconstitucionalidad.

(...)

II. Fundamentos jurídicos

1. La cuestión interna de inconstitucionalidad objeto del presente proceso se plantea por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación con el art. 174.1 de la Ley general de la Seguridad Social, aprobada

por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el art. 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por posible vulneración del segundo inciso del art. 14 CE.

El apartado 1 del art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el art. 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, dispone:

“Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguno de los casos de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, hubiera completado el período de cotización que reglamentariamente se determine.

Si la causa de su muerte fuese un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización.

No obstante, también tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años.”

2. La cuestión interna de inconstitucionalidad se suscita en relación con un precepto, el referido art. 174.1 de la Ley general de la Seguridad Social, de cuya aplicación depende el fallo del recurso de amparo núm. 6704-2004. Tal como se desprende del Auto de planteamiento de la cuestión (ATC/2013, de 15 de enero), la duda de constitucionalidad se refiere concretamente a si el precepto cuestionado, en la medida en que sólo reconoce la pensión de viudedad al cónyuge superviviente, pudiera suponer una vulneración del art. 14 CE, al llevar consigo una desigualdad de trato de las parejas homosexuales respecto de las parejas heterosexuales, y por tanto una discriminación por razón de la orientación sexual, proscrita en el segundo inciso del artículo 14 CE, toda vez que al no existir, en el momento en que se le denegó la pensión al recurrente en el amparo del que trae causa la presente cuestión, posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas estables

homosexuales nunca podían encontrarse en la situación legal exigida por el art. 174.1 de la Ley general de la Seguridad Social, con la consiguiente imposibilidad de acceder a la pensión de viudedad.

Así, el ATC /2013 que promueve la cuestión no fundamenta su duda sobre la constitucionalidad del precepto legal en relación con la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE, sino en relación con las concretas prohibiciones de discriminación que este mismo precepto constitucional enuncia a continuación en su segundo inciso.

Según resulta de sus alegaciones, referidas con detalle en los antecedentes de esta resolución, el Abogado del Estado, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, y el Ministerio Fiscal solicitan la desestimación de la cuestión.

(...)

4. De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, entre las prohibiciones de discriminación proscritas por el art. 14 CE “ha de entenderse comprendida la discriminación por causa de la orientación sexual, pues si bien es cierto que esta causa no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, 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/2006, de 13 de febrero, FJ 3)” [STC /2013, de 14 de febrero, FJ 6].

A esta conclusión ha llegado este Tribunal, a partir de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE.

5. Establecido lo anterior, cumple añadir que la eventual contradicción, por parte del precepto sometido a nuestro enjuiciamiento, con el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual que proscribió el segundo inciso del artículo 14 CE, se circunscribe a un aspecto concreto, cual es que solamente los cónyuges podían ser beneficiarios de la pensión de viudedad y, en consecuencia, a los miembros de parejas de hecho homosexuales les estaba vedado acceder a esa prestación, puesto que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005, aquéllos no podían contraer vínculo matrimonial.

Precisamente, la posibilidad de contraer o no matrimonio ha sido un aspecto de especial significación para la doctrina constitucional, a la hora de enjuiciar supuestos en que el ordenamiento jurídico brindaba a los cónyuges un tratamiento más favorable que el dispensado a las parejas de hecho, incluidos los casos relacionados con prestaciones de la Seguridad Social. El Tribunal ha afirmado que “es claro que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes” y que las diferencias entre una y otra situación podían “ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia” (STC /1990, de 15 de noviembre, FJ 3), pero también que la existencia de libertad para contraer matrimonio es un factor que permite justificar, adicionalmente, ese distinto tratamiento (por todas, STC /1990, de 15 de noviembre, y más recientemente AATC /2003, de 3 de junio, /2004, de 10 de febrero, /2004, de 9 de marzo, /2004, de 12 de mayo, o/2005, de 10 de mayo).

Ahora bien, tales aserciones no implican, indefectiblemente, que en cualquier situación en que los convivientes more uxorio se vean impedidos de contraer matrimonio, tal eventualidad deba engendrar una obligación, a cargo de los poderes públicos, de brindar a los miembros de parejas de hecho un tratamiento jurídico equiparado al previsto para los cónyuges pues, en caso de no existir tal libertad, es necesario valorar si la causa impeditiva del matrimonio pugna con los principios y reglas constitucionales, de manera que este Tribunal deberá comprobar si las causas que hipotéticamente lo impiden resultan constitucionalmente admisibles. Tal es el modo de razonar de

la STC 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3, en el que, con cita de doctrina anterior, se estableció la siguiente conclusión:

“[N]o toda imposibilidad de cumplir los requisitos legales para contraer matrimonio permite concluir que quienes se ven así impedidos tienen, sólo por ello, los mismos derechos y deberes que quienes conviven matrimonialmente.”

“Para que esto sea así la causa que limita la libertad de casarse debe ser una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales. En estas circunstancias, al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron *more uxorio* lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, debe reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial.”

6. Afirmado lo anterior, debemos por tanto examinar si la causa que en el presente supuesto limita la libertad de contraer el vínculo matrimonial es una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales.

Es preciso tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina sentada recientemente por el Tribunal en su STC /2012, de 6 de noviembre, la configuración del matrimonio como unión que sólo cabe entre personas de diferente sexo es una opción del legislador acorde con nuestra Constitución, sin que ello implique, no obstante, que esa sea la única configuración constitucionalmente legítima de la institución.

Por ello, como ha afirmado este Tribunal en su ATC /1994, de 11 de julio, pronunciándose sobre un supuesto como el que ahora nos ocupa (relativo también a la posible vulneración del art. 14 CE por la denegación de pensión de viudedad a superviviente de una pareja homosexual), “la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 C.E., ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales (SSTC/1990 y /1994)”.

No pugna con el art. 14 CE por la razón esencial de que “al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1 CE) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes” (STC /1990 y ATC/1994). Y ello implica que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio, como la pensión de viudedad, “a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual” (ATC /1994, FJ 2).

El legislador tiene, como ha afirmado este Tribunal reiteradamente, un amplio margen de apreciación y configuración del régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y, por tanto, de decisión acerca de las situaciones que han de considerarse o no merecedoras de protección social (por todas, STC /2013 y las allí citadas).

Dentro de ese amplio margen de apreciación, el legislador en la Ley general de la Seguridad Social de 1994 decidió perfilar una pensión de viudedad que si bien, como este Tribunal ha tenido ocasión de señalar, no responde a la existencia de una situación de necesidad, sino “a la compensación de un daño cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges)” (STC /2013, FJ 4), se restringe a los supuestos en los que existe un vínculo matrimonial entre causante y beneficiario como forma singular de protección de la unión familiar que cumple con determinados requisitos legales, que son los del matrimonio. No estaba, pues, entonces concebida la pensión de viudedad como una institución llamada, sin más, a compensar el daño de la minoración de ingresos sufrida por el superviviente de una pareja, sino a compensar ese daño cuando se producía en el ámbito de la familia sustentada en el previo matrimonio.

Las uniones de hecho heterosexuales resultaban excluidas del acceso a la pensión porque pudiendo acceder al matrimonio decidían libremente no hacerlo y, por tanto, no cumplir con los requisitos

legales, debiendo, por tanto, correr con las consecuencias de ello (STC/1990, FJ 1). Las uniones homosexuales quedaban fuera de la esfera de protección porque la configuración del matrimonio en aquel momento —lo que habría de cambiar después— era una configuración clásica o tradicional del mismo, que respondía a la idea de que uniones homosexuales y heterosexuales tenían una funcionalidad distinta dentro de la sociedad. Conviene recordar a estos efectos que, como tuvimos ocasión de señalar, la extensión de la pensión de viudedad a quienes convivían de forma estable extramatrimonialmente estaba lejos de ser la pauta en la legislación internacional y en el Derecho comparado en aquel momento [STC/1990 (FJ 5)]. Es más, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que tuvo ocasión de pronunciarse, en el caso *Mata Estévez c. España*, sobre la conformidad al derecho a la igualdad y a la no discriminación del sistema español que vinculaba el acceso a la pensión de viudedad a la previa existencia de vínculo matrimonial, afirmó, en su Sentencia de 10 de mayo de 2001, que tal regulación no era discriminatoria puesto que perseguía un fin legítimo —“a saber, la protección de la familia fundada en los vínculos del matrimonio”— y existía una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin en cuestión. El Tribunal estimó, pues, que el trato diferenciado dispensado a las relaciones homosexuales entraba dentro del legítimo margen de apreciación del Estado. Idea que ha reiterado más recientemente, en su Sentencia de 24 de junio de 2010 (caso *Schalk and Kopf c. Austria*, § 108), en la cual ante la alegación de los demandantes de que si un Estado ofrece a las parejas de un mismo sexo un medio de reconocimiento alternativo al matrimonio, está obligado a otorgarles un estatus que se corresponda a todos los efectos con el propio de la institución matrimonial, el Tribunal afirma no compartir ese argumento, al entender que “los Estados disfrutaban de un cierto margen de apreciación respecto de la situación concreta derivada de los medios alternativos de reconocimiento”.

Así lo ha sostenido también este Tribunal que, recientemente, en su STC/2013 (FJ 3), recordaba que “se ha venido considerando de forma reiterada por nuestra doctrina que la exclusión de las parejas de hecho de la protección dispensada en materia de pensión de viudedad por el sistema público de Seguridad Social no resulta contraria a la

Constitución, sin perjuicio de que, como también hemos tenido ocasión de advertir en esa misma doctrina, 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”.

Ha de ser, por tanto, el legislador —en modo alguno este Tribunal actuando de legislador positivo retrospectivo y comprometiendo desembolsos económicos del erario público— el que, en su caso, decida, al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance. Así lo ha hecho el legislador con posterioridad, tanto con la regulación del matrimonio homosexual en la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, lo que permite a los cónyuges supervivientes de matrimonios homosexuales solicitar la correspondiente pensión de viudedad, como con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que extiende este beneficio, con ciertas limitaciones y requisitos, a todas las parejas de hecho estables, tanto heterosexuales como homosexuales, previendo, además, en su disposición adicional tercera, su aplicación a situaciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor. Una decisión de política legislativa ciertamente legítima (STC /2013, FJ 3), como también lo era, no obstante, la anterior, que ninguna tacha ofrecía, por las razones ya expuestas, desde la perspectiva del art. 14 CE.

Fallo.

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Votos particulares

1. Voto particular que formula el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos respecto de la Sentencia dictada en la cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 693-2013.

1. Pese a haber sido Ponente de esta Sentencia debo manifestar, acogiéndome a la facultad establecida en el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, mi respetuosa discrepancia con

la misma en atención a las razones que defendí durante su deliberación en el Pleno. Razones que, como expondré a continuación, hubieran debido llevar a la estimación de la cuestión y la consiguiente declaración de inconstitucionalidad del art. 174.1 de la Ley general de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el art. 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

2. Vaya por delante que comparto, como no podía ser de otro modo, el planteamiento del problema constitucional que había de resolverse. En concreto, si el cuestionado art. 174.1 en la medida en que sólo reconoce la pensión de viudedad al cónyuge supérstite, pudiera suponer una vulneración del art. 14 CE, al llevar consigo una desigualdad de trato de las parejas homosexuales respecto de las parejas heterosexuales, y por tanto una discriminación por razón de la orientación sexual, proscrita en el segundo inciso del artículo 14 CE, toda vez que al no existir, en el momento en que se le denegó la pensión al recurrente en el amparo del que trae causa la presente cuestión, posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas estables homosexuales nunca podían encontrarse en la situación legal exigida por el precepto cuestionado, con la consiguiente imposibilidad de acceder a la pensión de viudedad.

Sin embargo, para la Sentencia de la mayoría tal vulneración no se produce ya que, a partir del trato diferenciado entre uniones de hecho y matrimonio, de la cita del ATC /1994, de 11 de julio, e invocando la amplia libertad del legislador para configurar las prestaciones de la Seguridad Social, señala que la finalidad de la pensión de viudedad que establecía el precepto cuestionado era la compensación por la minoración de ingresos que sufría el supérstite, cuando ese daño se producía “en el ámbito de la familia sustentada en el previo matrimonio”, lo que determinaba la exclusión de las parejas de hecho heterosexuales, pues, pudiendo contraer matrimonio, decidían libremente no hacerlo, así como de las parejas homosexuales, si bien por una razón distinta, la “configuración clásica o tradicional del mismo [del matrimonio], que respondía a la idea de que uniones homosexuales y heterosexuales tenían una funcionalidad distinta

dentro de la sociedad”, cerrando la argumentación con una oscura referencia a la resistencia del Tribunal a actuar como “legislador positivo retrospectivo”, remitiendo al legislador la decisión de extender la protección de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables heterosexuales u homosexuales.

3. Ya he adelantado que no puedo compartir la conclusión desestimatoria ni la argumentación que pretende sustentarla. En mi opinión, no se trata, como a primera vista pudiera parecer, un problema de diferencia de trato normativo entre matrimonio y parejas de hecho, sino de otro distinto y previo. La discriminación que nos planteábamos no se produce porque la norma trate de forma diferenciada a las personas casadas y a las que integran una unión de hecho libre y voluntariamente constituida, sino por el hecho de que, en el supuesto sometido a nuestra consideración, no existe libertad para optar entre contraer matrimonio o no contraerlo, en la medida en que, hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, el matrimonio no era factible entre personas del mismo sexo, con la consecuente imposibilidad de que las uniones de hecho formadas por personas del mismo sexo pudieran cumplir con el requisito determinante del nacimiento de la prestación de Seguridad Social. De hecho, la doctrina constitucional sobre la diferencia de tratamiento entre matrimonio y unión de hecho no puede entenderse sin atender a la premisa que la condiciona y sustenta: la existencia o no de libertad para contraer matrimonio (así, en la STC/1990, de 15 de noviembre, FJ 2). Dicho en otros términos, olvidados por la Sentencia, el hecho de que, en sí misma, la inexistencia de reconocimiento del matrimonio homosexual hasta la modificación del Código civil en el año 2005 no pugnase con las reglas y principios constitucionales no eximía a este Tribunal de analizar la legitimidad del trato diferenciado que tal exigencia suponía en relación con el acceso a una prestación de Seguridad Social.

Es decir, constatada la existencia de un impedimento legal que afectaba a determinadas uniones de hecho y no a otras a la hora de producirles unas consecuencias restrictivas de derechos (en el caso el acceso a una determinada prestación de la Seguridad Social), lo que debía valorarse es si en la regulación de la pensión de viudedad

aplicable al caso a quo el legislador habría incurrido en la utilización de un criterio discriminatorio en razón de la orientación sexual, por cuanto, como las parejas de hecho del mismo sexo no podían contraer matrimonio, se habría establecido una condición de imposible cumplimiento para sus integrantes.

Pues bien, sí la existencia de libertad de elección es condición inexcusable para legitimar el tratamiento diferenciado de aquellos dos tipos de convivencia (matrimonial o de hecho), debía descartarse que ese fundamento legitimador del diferente trato concorra en el presente supuesto, pues la norma de Seguridad Social enjuiciada determina una exclusión absoluta del derecho a la pensión en perjuicio de quienes no podían cumplir con los requisitos de acceso a la misma precisamente por su orientación sexual, en la medida en que los homosexuales no podía contraer matrimonio. Y esa exclusión no se fundamenta en la finalidad a la que la pensión sirve, que no es otra que la de compensar frente a un daño, la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el supérstite, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los miembros de la pareja cuya convivencia es notoria o prolongada en el tiempo), (STC /2013, de 14 de febrero, FFJJ 4, 7 y 8, e igualmente en la STC /2014, de 11 de marzo, FJ 4). Daño y repercusiones que se producían igualmente en el supuesto de fallecimiento del miembro de una pareja homosexual que mantiene una relación de afectividad análoga a la conyugal pero no tiene libertad para contraer matrimonio.

Es decir, teniendo en cuenta la finalidad de la prestación, debe advertirse que de nuestra doctrina se desprende la imposibilidad de que puedan establecerse como requisitos para el acceso a las prestaciones, condiciones de imposible cumplimiento por alguno de sus posibles beneficiarios. Y conviene reparar en el concepto de condición de imposible cumplimiento se incluyen aquellas derivadas de lo que la STC /2013 denomina razones biológicas (como es el hecho de que las parejas homosexuales o heterosexuales estériles no pudieran tener hijos biológicos) como jurídicas (pues no de otra forma cabe interpretar las referencias a la imposibilidad de adopción por las parejas de hecho homosexuales que se contienen en la conclusión del fundamento jurídico 8 de la citada STC /2013).

La condición que aquí se examinaba es del segundo tipo, pues, en la fecha del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja de hecho homosexual, estas parejas no tenían reconocido el derecho a contraer matrimonio. Se trataba de un requisito aparentemente neutro, pero respecto al cual no todos podían optar y cumplir con idéntica libertad. De ello se sigue que no podían cumplir, por la propia regulación legal que impedía el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, con el requisito establecido por el legislador de seguridad social. Se trata por tanto de una condición jurídica de imposible cumplimiento, condición que, además, tampoco guarda relación alguna con la finalidad a la que, conforme a la doctrina constitucional, sirve la pensión de viudedad en la configuración vigente en el momento de plantearse el recurso de amparo del que trae causa la cuestión interna de inconstitucionalidad 693-2013. Es decir, debía concluirse que las actuales razones que justifican la pensión de viudedad, concurrían igualmente en el supuesto de autos, relativo a las parejas homosexuales que no podían contraer matrimonio, por lo que no es posible justificar la constitucionalidad de la diferencia de trato.

Idéntica imposibilidad de justificar la diferencia de trato se aprecia en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud de su interpretación del principio de no discriminación por razón de orientación sexual como principio general del derecho de la Unión. Así se recuerda en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2013, asunto C-267/12, *Frédéric Hay y Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, donde se subraya que la circunstancia de que el denominado en Francia pacto civil de convivencia por el que se crea una pareja de hecho registrada “no esté reservado a las parejas homosexuales ... es irrelevante y, en particular, no modifica la naturaleza de la discriminación contra las parejas homosexuales, las cuales, a diferencia de las parejas heterosexuales, no podían legalmente contraer matrimonio en el momento de los hechos del litigio principal” [párrafo 43]. Es cierto que dicha Sentencia tuvo por objeto dilucidar si el supuesto de hecho se ajustaba a los parámetros de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, lo que en principio excluye el ámbito de los regímenes

públicos de Seguridad Social o protección social. Pero es que debe advertirse que se trata de un exponente de la interpretación que dicho Tribunal realiza del principio de no discriminación por razón de orientación sexual como principio general del derecho de la Unión, incorporado además al artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En cuanto tal, y por imperativo del art. 10.2, integrador de un valioso criterio hermenéutico del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, en tanto que proviene de un órgano de garantía establecido por un tratado internacional (STC /2006, de 24 de abril, FJ 5; o STC /2012, de 6 de noviembre, FJ 9). Dentro, pues, de estos parámetros, es indudable la relevancia que adquiere el criterio seguido en la ya referida Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para determinar el alcance de la prohibición de discriminación por orientación sexual comprendida en el artículo 14 CE.

4. Frente a todo lo anterior estimo que ninguno de los argumentos que emplea la Sentencia de la mayoría sirven para desvirtuar una conclusión que, a mi juicio, era clara.

Su razonamiento destaca que el legislador tiene un amplio margen de apreciación y configuración del régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y, por tanto, de decisión acerca de las situaciones que han de considerarse o no merecedoras de protección social. Sin embargo, siendo ello cierto —y siendo legítima la idea que subyace a tal afirmación que no es otra que el objetivo de garantizar la sostenibilidad del sistema de prestaciones sociales— nunca se podrá promover tal objetivo a través de un medio que sea discriminatorio.

Tampoco me parece de recibo, para justificar esa ausencia de discriminación, la cita del ATC/1994, del que se omite que fue dictado por una sección en el trámite de inadmisión de un recurso de amparo. En todo caso, además del tiempo transcurrido y del hecho de que se trate de una situación nueva, en sentido contrario puede citarse la doctrina de la STC/2013, de 23 de abril, FJ 8, en la que este Tribunal recalca que “es notorio que históricamente se han producido situaciones de parejas que, pese a su voluntad explícita de contraer matrimonio, se encontraban con impedimentos legales para llevarlo a

cabo, situaciones a las que la jurisprudencia de este Tribunal ha tratado de dar respuesta en algunos casos”, para a continuación aludir a la STC /1990, de 15 de noviembre, sobre la denegación en tales supuestos de pensiones de viudedad, y la STC /1998, de 13 de julio, relativa a un supuesto de resolución de un arrendamiento por no haber mantenido la recurrente una relación matrimonial, sino una unión de hecho con la persona arrendataria de la vivienda.

Por otra parte, fundamentar la exclusión en lo que se califica como distinta funcionalidad de la unión de hecho homosexual frente a la familia sustentada en el previo matrimonio me parece emplear un argumento sencillamente inaceptable en el juicio de constitucionalidad que se nos demandaba. Dicha distinción, que no aparece mínimamente explicada, desconoce la doctrina consolidada de este Tribunal que ha negado la posibilidad de considerar que la Constitución permita diferenciar, sin justificación suficiente, entre familia tradicional fundada en el matrimonio y otros tipos de familia (así, en la STC /1992, de 11 de diciembre, FJ 5). En aquella ocasión el Tribunal una vez consideró que la Constitución no impone una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales se preguntó si, a pesar de ello, cabía diferenciar en atención a la idea de la familia matrimonial (que no es otra cosa que la que ahora aparece como familia sustentada en el previo matrimonio). La respuesta fue que para poder considerar admisible esa diferencia de trato es necesaria una justificación más allá de la de que se trata de una pareja vinculada por matrimonio. Por tanto, la justificación de la diferencia de trato en la distinta funcionalidad que cumplen las uniones heterosexuales matrimoniales, sin mayor argumentación, no es constitucionalmente admisible. Para poder considerar admisible una diferencia de trato entre la unión fundada en el matrimonio y otro tipo de uniones es necesaria una justificación específica, más allá de la de que se trata de una unión con una funcionalidad distinta, sea esta cuál fuere y que la mayoría no estima necesario explicitar.

Tampoco comprendo las alusiones de la Sentencia a la supuesta actuación retrospectiva de este Tribunal. Si con ello se pretende decir que la conclusión estimatoria está impedida por el hecho de que en 2014 no podríamos declarar la inconstitucionalidad de una norma aprobada en 1998, me parece que con ello la mayoría se impone una

autolimitación incompatible con la función constitucional que este Tribunal tiene asignada, pues, tanto el entorno social como la doctrina de este Tribunal han evolucionado desde el año 1998, de manera que el test de razonabilidad de la norma ha de ser aplicado en el momento en el que la misma se enjuicia y conforme a los criterios actuales de enjuiciamiento. Pero, sobre todo, desconoce que el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes no tiene un sentido histórico sino una función nomofiláctica o de depuración del ordenamiento jurídico de leyes inconstitucionales, finalidad a la que atienden tanto la cuestión como el recurso de inconstitucionalidad (en ese sentido, SSTC /1994, de 17 de marzo, FJ 2, o /1995, de 26 de junio, FJ 2).

Esto es, el cambio de circunstancias sobrevenido ha de ser necesariamente tenido en cuenta en la interpretación constitucionalmente admisible del precepto. En este sentido la necesidad de una interpretación evolutiva del texto constitucional ya ha sido reconocida por este Tribunal (STC/2012, de 6 de noviembre, FJ 12), según la cual “el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta”. Necesidad tanto mayor cuanto que se trata de un problema que, hasta la fecha, no se había planteado directamente ante este Tribunal y le permite actualizar el sistema de valores que la Constitución consagra. Por lo demás, el examen de las normas atendiendo a las circunstancias presentes en el momento de su enjuiciamiento y no al momento en que la norma fue aprobada es práctica habitual de este Tribunal, como la resolución de controversias competenciales pone de manifiesto (así, en las SSTC /2003, de 16 de enero; /2009, de 29 de junio, y /2012, de 17 de septiembre). Si esa es la práctica del Tribunal al resolver controversias competenciales, tanto más ha de serlo cuando lo que está en juego es la aplicación de las prohibiciones de discriminación del art. 14 CE.

Finalmente, frente a las reticencias que expresa la Sentencia acerca de supuestos “desembolsos económicos del erario público”, no considero que sea una consideración a tener en cuenta en un proceso abstracto a

la ley como es la cuestión de inconstitucionalidad, y, de hecho, no lo ha sido en otras ocasiones. Pero es que, además, es dudoso que el fallo estimatorio de la presente cuestión sea fácilmente trasladable a otros supuestos que, en la hipótesis de que se planteen, deberían ser examinados caso a caso, siendo difícil que concurren las circunstancias que aquí se dan. Obsérvese que se razona sobre dos elementos: a) la ausencia de libertad para contraer, que es lo que diferencia el supuesto de hecho de otros ya analizados por este Tribunal e impide que el caso se plantee en situaciones posteriores a la aprobación de la Ley 13/2005 y b) la finalidad de la pensión de viudedad. Es, precisamente, la conjunción de ambos lo que determina la conclusión que se alcanza, lo que, de por sí, dificulta la extensión de este fallo a otras instituciones y ámbitos. En todo caso, para combatir dicho efecto, se hubiera podido proceder a la modulación de los efectos del fallo, preservando la cosa juzgada y las situaciones administrativas firmes de manera que la declaración de inconstitucionalidad sólo hubiera sido eficaz en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no hubiera recaído una resolución firme.

En idéntico sentido a esta Sentencia, pueden verse: **SSTC 93/2014; 98/2014; 115/2014; 116/2014 y 124/2014**

Tribunal Supremo

Régimen económico.

STS 1538/2014 de 4 de abril.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La Mancomunidad de Concellos Santa Agueda, conformada por los Concellos de Amoeiro, Coles, A Peroxa y Vilamarin de Ourense, giró liquidaciones a la Diócesis de Ourense, perteneciente a la Iglesia Católica, por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, correspondientes a los ejercicios 2010 y 2011, en relación a una serie de fincas y situadas en el municipio de Amoeiro.

Interpuesto recurso de reposición por la Diócesis de Ourense, por entender que la Iglesia Católica estaba exenta del pago del Impuesto, bien por aplicación del art. 62. 1 c) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, conforme al artículo IV del Acuerdo suscrito entre el Estado y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos de 3 de Febrero de 1979, respecto a las fincas vinculadas a destino religioso, bien por aplicación del art. 15.1 de la Ley 49/2002, de régimen fiscal de las entidades sin ánimo de lucro y de incentivos fiscales al mecenazgo, en relación a las restantes fincas, fue desestimado por Decreto de la Presidencia de la referida Mancomunidad de fecha 18 de mayo de 2012.

SEGUNDO.-Contra el referido Decreto, la Diócesis de Ourense interpuso recurso contencioso administrativo por el cauce del procedimiento abreviado, ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Ourense, siendo estimado por sentencia del Juzgado nº 1 de 26 de Noviembre de 2012, que anuló las liquidaciones impugnadas, declarando el derecho de la Diócesis de Ourense a la exención del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, regulada en el art. 15.1 de la ley 49/2002, de 23 de diciembre, sobre las fincas de su titularidad en el término municipal de Amoeiro por no hallarse afectas a explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades.

El Juzgado, después de reconocer la exención del art. 62.1 c) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales a nueve fincas catastrales, al situarse en el as templos parroquiales y casas rectorales, aceptó también la pretensión actora de exención general del IBI, respecto de las restantes fincas de la Iglesia Católica no vinculadas a explotaciones económicas sometidas al Impuesto sobre Sociedades, al amparo de lo dispuesto en el art. 15.1 de la Ley 49/2002, de 23 de Diciembre , de régimen fiscal de las entidades sin ánimo de lucro y de incentivos fiscales al mecenazgo, al atribuir la disposición adicional novena de la misma específicamente a la "Iglesia Católica " el régimen de exenciones fiscales que establecía, lo que se reconocía también por la disposición adicional única del Reglamento de la ley, aprobado por el Real Decreto 1270/2003, de 10 de Diciembre , sin que la exención del IBI atribuida a la Iglesia Católica en el art. 62 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales , en cumplimiento del Concordato suscrito en su día entre España y la Santa Sede, tuviese carácter excluyente.

TERCERO.-Contra dicha sentencia, la representación de la Mancomunidad de Concellos Santa Agueda y del Concello de Amoeiro, mediante escrito presentado el 25 de febrero de 2013, interpuso recurso de casación en interés de la ley, en el que interesa que se fije en el fallo la siguiente doctrina legal:

" Que no es aplicable a la iglesia católica la exención general del ibi , establecida en el artículo 15.1 de la ley 49/2002, de 23 de diciembre de régimen fiscal de las entidades sin ánimo de lucro y de incentivos fiscales al mecenazgo, respecto de todas las fincas propiedad de su propiedad no vinculadas a explotaciones económicas sometidas al impuesto de sociedades, siéndole solamente aplicable la exención establecida en el artículo 4.1 a) del instrumento de ratificación del acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos económicos firmado en ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979 en tanto en cuanto los bienes exentos estén efectivamente destinados a los fines establecidos en dicho artículo".

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Mantiene la parte recurrente que los bienes inmuebles propiedad de la Iglesia Católica sólo pueden estar exentos del pago del IBI cuando se encuentren destinados al culto, residencia de obispos, canónigos y sacerdotes con cura de almas, oficinas de curia diocesana o parroquiales, formación del clero y comunidades eclesíásticas que impartan enseñanzas propias de disciplinas eclesíásticas, o primordialmente a casas o conventos de las órdenes, congregaciones religiosas o institutos de vida consagrada siempre y cuando se utilicen efectivamente para dichos fines, ante lo que determina el art. 62. 1 c) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que da cumplimiento al Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos, todo ello por la remisión que el art. 15.1 de la Ley 49/2002, de 23 de Diciembre , de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, efectúa a la normativa reguladora de las Haciendas locales.

SEGUNDO.-Con carácter previo, ha de rechazarse la inadmisión del recurso que solicita el Abogado del Estado, por entender que cabría interponer recurso de casación para la unificación de doctrina contra las sentencias contradictorias de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en el aspecto debatido.

En contra del parecer de la representación estatal, en el presente caso concurren todos los requisitos formales de admisibilidad del recurso que regula el art. 100 de la ley Jurisdiccional , en cuanto se interpone contra una sentencia firme de un Juzgado de lo Contencioso Administrativo, por una Mancomunidad de Concellos y por el Concello de Amoerio, que no es susceptible de recurso de casación, ni ordinario ni para unificación de doctrina, no cuestionándose que la doctrina contenida en la sentencia recurrida sea gravemente dañosa para el interés general, por afectar a una materia sobre la que existe doctrina contradictoria, siendo evidente que la titularidad de bienes inmuebles de la Iglesia Católica en España alcanza un volumen muy extenso.

TERCERO.-Despejado el óbice procesal, la cuestión debatida se reduce a la interpretación del art. 15.1 de la ley 49/2002, que establece que "estarán exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles los bienes de los que sean titulares, en los términos previstos en la normativa reguladora de las Haciendas locales, las entidades sin fines lucrativos, excepto los afectos a explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades".

Como señala el Ministerio Fiscal, se trata de determinar si dicho precepto establece una exención generalizada para el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles a favor de esas entidades, entre las que no se cuestiona que está la Iglesia Católica, ante lo que establece su disposición adicional 9ª de la Ley, con la única excepción que menciona, esto es, los inmuebles afectos a explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades, o si, por el contrario, hay que entender que la referencia a "los términos previstos en la normativa reguladora de las Haciendas locales" constituye una remisión integral al Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de Marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y, en particular, a su art. 62, en el que se enumeran las clases de inmuebles exentos del tributo, y en cuyo apartado c) incluye "los de la Iglesia Católica, en los términos previstos en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos, de 3 de enero de 1979, y los de las asociaciones confesionales no católicas legalmente reconocidas, en los términos establecidos en los respectivos acuerdos de cooperación suscritos en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución".

CUARTO.-El Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede establece en sus artículos IV y V lo siguiente:

"Artículo IV

La Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones religiosas y los Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas tendrán derecho a las siguientes exenciones:

A) Exención total y permanente de la contribución territorial urbana (actualmente, Impuesto sobre Bienes Inmuebles) de los siguientes inmuebles:

- 1) Los templos y capillas destinados al culto, y asimismo, sus dependencias o edificios y locales anejos destinados a la actividad pastoral.
- 2) La residencia de los Obispos, de los Canónigos y de los Sacerdotes con cura de almas.
- 3) Los locales destinados a oficinas, la Curia diocesana y a oficinas parroquiales.
- 4) Los Seminarios destinados a la formación del clero diocesano y religioso y las Universidades eclesiásticas en tanto en cuanto importan enseñanzas propias de disciplinas eclesiásticas.
- 5) Los edificios destinados primordialmente a casas o conventos de las Órdenes, Congregaciones religiosas e Institutos de vida consagrada.

Artículo V.

Las asociaciones y entidades religiosas no comprendidas entre las enumeradas en el artículo IV de este Acuerdo y que se dediquen a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas u hospitalarias o de asistencia social tendrán derecho a los beneficios fiscales que el ordenamiento jurídico - tributario del Estado español prevé para las entidades sin fin de lucro y, en todo caso, los que se conceden a las entidades benéficas privadas".

Por su parte, las disposiciones octava y novena de la ley 49/2002, de 23 de Diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin fines lucrativos y de los Incentivos fiscales al Mecenazgo establecen:

" Disposición adicional octava. Fundaciones de entidades religiosas.

Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia Católica y en los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por el Estado con las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, así como en las normas dictadas para su aplicación, para las fundaciones propias de estas entidades, que podrán optar por el régimen fiscal establecido en los artículos 5 a 25 de esta ley, siempre que en este último caso presenten la certificación de su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, y cumplan el requisito establecido en el número 5 del artículo 3 de esta ley.

Disposición adicional novena. Régimen tributario de la Iglesia Católica y de otras iglesias, confesiones y comunidades religiosas.

1. El régimen previsto en los artículos 5 a 15, ambos inclusive, de esta ley será de aplicación a la Iglesia Católica y a las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado Español, sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos a que se refiere la disposición anterior.

2. El régimen previsto en esta Ley será también de aplicación a las asociaciones y entidades religiosas comprendidas en el artículo V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos suscrito entre el Estado español y la Sana Sede, así como a las entidades contempladas en el apartado 5 del artículo 11 de la ley 24/1992, de 10 de Noviembre , por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, en el apartado 5 del artículo 11 de la ley 25/1992, de 10 de Noviembre , por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades israelitas en España, y en el apartado 4 del artículo 11 de la Ley 26/1992, de 10 de Noviembre , por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, siempre que estas entidades cumplan los requisitos exigidos por esta ley a las entidades sin fines lucrativos para la aplicación de dicho régimen (...)"

QUINTO.-Sentado lo anterior, la Sala anticipa que procede confirmar el criterio que mantiene el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Ourense, lo que supone el rechazo del recurso interpuesto.

En primer lugar, ha de reconocerse desde el punto de vista gramatical que la remisión a "los términos previstos en la normativa reguladora de las Haciendas Locales", que efectúa el art. 15.1 de la Ley 49/2002 , no se refiere , como pretenden los recurrentes, a la enumeración legal de los supuestos de exención, sino únicamente a la definición del concepto de titularidad, pues declara exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles a todos los bienes de los que sean titulares las entidades sin fines lucrativos, excepto los afectos a explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades, debiendo entenderse, pues, que sólo a los efectos de determinar la titularidad de los bienes inmuebles el precepto se remite a los términos de la ley

reguladora de las Haciendas Locales, que en su artículo 64, según la redacción dada por la ley 51/2002 , de reforma de la ley 39/1988, estableció los sujetos pasivos a título de contribuyentes en este Impuesto, y que eran "el propietario del inmueble sobre el que no recaigan derechos reales de usufructo o superficie, o una concesión administrativa; el titular de uno de los derechos reales citados; o el titular de una concesión administrativa sobre un bien inmueble o sobre los servicios públicos a los que se hallen afectos"; aunque después del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales de 2004, hay que estar a lo que se establece en los artículos 61 y 63 .

El art. 61 señala que " 1. Constituye el hecho imponible del Impuesto la titularidad de los siguientes derechos sobre bienes inmuebles rústicos y urbanos y sobre los inmuebles de características especiales: a) De una concesión administrativa sobre los propios inmuebles o sobre los servicios públicos a que se hallen afectos, b) de un derecho real de superficie , c) de un derecho real de usufructo, d) Del derecho de propiedad", disponiendo, a su vez, el art. 63.1 que "son sujetos pasivos a título de contribuyentes, las personas naturales y jurídicas y las entidades a que se refiere el art. 35.4 de la ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria , que ostenten la titularidad del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible de este impuesto".

SEXTO.-Esta conclusión, sobre el sentido y alcance de la remisión que efectúa el citado art. 15 a la normativa reguladora de las haciendas locales, se confirma si se compara el precepto con su precedente histórico inmediato, que era el art. 58.1 de la ley 30/1994, de 24 de Noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

Dicho artículo 58.1 establecía una exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles de los bienes de los que fueran titulares " en los términos previstos en el art. 65 de dicha ley ", las fundaciones y asociaciones, sin perjuicio de las exenciones previstas en la entonces ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, exención que se condicionaba a que se cumplieran los siguientes requisitos:

a) Que se tratase de bienes no cedidos a terceros mediante contraprestación.

b) Que los bienes inmuebles estuviesen afectos a las actividades que constituían el objeto social o finalidad específica de la entidad beneficiada por la exención. Esta finalidad debía coincidir con la prosecución de los fines enumerados en el art. 42. 1 a) de la ley. Además el apartado 1 de la Disposición Adicional segunda del Real Decreto 765/1995, de 5 de marzo, que desarrollaba algunos aspectos fiscales recogidos en la ley, equiparaba a estos fines los mencionados en el art. IV . 1 c del Acuerdo, a saber el culto, la sustentación del clero, el sagrado apostolado y el ejercicio de la caridad.

c) Que no se utilizaren principalmente en el desarrollo de explotaciones económicas que no constituyesen el objeto o finalidad específica de la entidad beneficiada.

Por tanto, además de los bienes enumerados en el Acuerdo, podían estar exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles otros inmuebles de titularidad de las entidades del art. IV del Acuerdo o de las del art. V, que cumplieran los requisitos enumerados en la ley de Fundaciones y Mecenazgo.

En este sentido, conviene recordar la sentencia de esta Sala de 10 de Marzo de 2001, recurso de casación 9550/1995 , que tras recoger la doctrina sentada en la de 16 de Junio de 2000, dictada en recurso de casación en interés de ley, en la parte en que se recoge la correcta interpretación de los beneficios fiscales a que se refieren los artículos IV y V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos suscrito entre España y la Santa Sede, declara que aún cuando dicha doctrina viniera referida al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana y no al Impuesto sobre Bienes Inmuebles, habida cuenta que esa interpretación está hecha en términos generales, es aprovechable en la parte que al recurso de casación podía afectar.

Determinaba esta sentencia que en el artículo IV del Acuerdo se vincula el reconocimiento de la exención total y permanente del Impuesto sobre Bienes Inmuebles a determinados bienes de estricto destino religioso, y por eso el reconocimiento de exenciones en este mismo Impuesto por la vía del art. V exige asimismo que el bien inmueble de que se trata se halle afecto a la consecución y

cumplimiento de finalidades religiosas, benéficos, docentes, médicos u hospitalarios, y además a los propios de las entidades sin fin de lucro o benéfico-privadas a las que la legislación estatal, a su vez, reconozca exención en dicho tributo, porque no puede olvidarse que este expreso reconocimiento legislativo de exención para estas entidades constituye también condición indispensable para que pueda reconocerse a las Asociaciones y entidades religiosas del artículo V del Acuerdo, habida cuenta que, en este caso, no se trata de exenciones autónomas, sino de exenciones por remisión a la legislación estatal de que se pueden beneficiar también las entidades comprendidas en el artículo V.

SÉPTIMO.-Por otra parte, *basta examinar la Exposición de Motivos de la ley 49/2002 para advertir que el legislador decidió mantener las exenciones previstas en la ley 30/94, en materia de tributos locales, ampliando su ámbito, pues únicamente se excluyen los bienes afectos a explotaciones económicas no exentos del Impuesto sobre Sociedades*, por lo que el contraste de ambas normas no nos puede llevar a la interpretación que la parte recurrente pretende que asuma la Sala.

Si la finalidad de la norma fue ampliar el ámbito de exención, resultaría contradictorio, como informó el Ministerio Fiscal, interpretar su texto en los términos postulados, máxime cuando no viene mencionada en la Exposición de Motivos.

Finalmente, no cabe desconocer que el art. 15 apartado 6 de la ley 49/2002 establece que "lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las exenciones previstas en la ley 38/1988, de 28 de Diciembre, reguladora de las Haciendas Locales", precisando la disposición adicional primera del Texto Refundido vigente que "las referencias normativas efectuadas en ordenanzas y otras disposiciones a la ley 39/1988, de 28 de Diciembre, reguladoras de las Haciendas Locales y a la ley 51/2002, de 27 de Diciembre, de reforma de la anterior, se entenderán efectuadas a los preceptos correspondientes en este texto refundido".

En definitiva, el régimen tributario de la Iglesia Católica, en la actualidad, respecto al Impuesto sobre Bienes Inmuebles, es el siguiente:

1º) Si se trata de entidades de la Iglesia Católica del artículo IV del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado Español y la Santa Sede, les resulta de aplicación la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles prevista en el apartado 1 del art. 15 de la ley 49/2002 respecto a los inmuebles de que sean titulares catastrales y sujeto pasivo estas entidades, siempre que no estén afectos a explotaciones económicas y los que estén afectos a explotaciones económicas cuyas rentas se encuentren exentas del Impuesto sobre Sociedades en virtud del art. 7 de la ley 49/2002 .

Además, por aplicación del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado Español y la Santa Sede, están exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles los inmuebles enumerados en la letra A) del artículo IV de dicho Acuerdo.

2) Si se trata de las asociaciones y entidades religiosas comprendidas en el artículo V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado Español y la Santa Sede, y que se dediquen a actividades religiosas, benéficas o docentes, médicas u hospitalarias o de asistencia social, les será de aplicación la exención establecida en el art. 15 de la ley 49/2002 para las entidades sin fines lucrativos, siempre que cumplan los requisitos exigidos por la misma.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Dirección General de Tributos, en la consulta de 2 de Diciembre de 2009 que aportó la Diócesis de Ourense.

OCTAVO.-Por lo expuesto, procede desestimar el recurso, sin que proceda acordar imposición de costas, dada la naturaleza y finalidad del recurso de casación en interés de ley.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso de casación para interés de ley interpuesto por Mancomunidad de Concellos Santa Agueda (Orense) y por el Concello de Amoeiro contra la sentencia de fecha 26 de Noviembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Ourense, en el recurso 217/2012 , sin costas.

Centros de Culto

STS 4595/2013 de 25 de septiembre

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 10/09 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 1ª, se dictó sentencia con fecha 18 de enero de 2012, que acuerda: "Desestimar el recurso interpuesto por la representación de la Iglesia de Dios Pentecostal Española por el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales contra la resolución dictada por el Ayuntamiento de Orense de 5 de junio de 2009 (expte 565/09), que dispuso el cese inmediato del ejercicio de actividad en el centro de culto sito en la C/ Mercado, 11, bajo, por carecer de la preceptiva licencia de apertura".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de la Iglesia de Dios Pentecostal Española, se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Iglesia de Dios Pentecostal Española interpone recurso de casación para la unificación de doctrina 1091/2012 contra la sentencia desestimatoria de fecha 18 de enero de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 1ª, en el recurso núm. 10/2009 seguido por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, deducido por aquella contra la Resolución de 5 de junio de 2009 dictada por el Concello de Ourense que dispuso el cese inmediato del ejercicio de actividad en el centro de culto sito en la C/ Mercado, 11, bajo, por carecer de la preceptiva licencia de apertura.

Identifica la sentencia (completa en CENDOJ, Roj: STSJ GAL 53/2012) el acto impugnado en su PRIMER fundamento al tiempo que

plasma pretensión y oposición administrativa. En el SEGUNDO hace mención a que el acto fue objeto de suspensión cautelar, mientras en el TERCERO rechaza la causa de inadmisibilidad opuesta por la Corporación municipal. Tras ello en el CUARTO examina si el acto lesiona la libertad religiosa o el derecho de reunión. Concluye que no, tras analizar la legislación urbanística y local sobre licencias de apertura. Declara que el desarrollo de una actividad religiosa no comporta exención del deber de cumplir las exigencias para obtener una licencia de actividad con cita de la STJ Madrid de 2 de julio de 2009.

Termina afirmando que "toda vez que las actuaciones aquí impugnadas no revelan una voluntad discriminatoria o atentatoria contra la confesión religiosa, sino sencillamente decretar el obligado desalojo y cierre cuando se carece de licencia, hemos de desestimar el recurso tanto frente a la actuación impugnada que no lesiona derechos fundamentales como respecto a la pretensión indemnizatoria ya que los supuestos daños los debe soportar jurídicamente quien se colocó voluntariamente en la situación de pasividad y abrió el recinto o local sin la previa autorización".

SEGUNDO.- La recurrente en lo que llama escrito de interposición que afirma ampliará en la fase de interposición prevista en el art. 92 LJCA dice que lo interpone a tenor del art. 88. 1. d) LJCA, que hay identidad tanto en la sentencia recurrida como en las contradictorias alegadas que contemplan supuestos fácticos iguales.

Así invoca como sentencias de contraste, la Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª de fecha 20 de enero de 1987. Sentencia 548/2009, TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, de fecha 13 de mayo de 2009. Sentencia 147/1997, TSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 10 de febrero de 1997. Sentencia 995/1996, TSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 14 de octubre de 1996.

Tras ello entiende que se incurren en infracción legal de la sentencia recurrida en los pronunciamientos de la sentencia objeto de recurso tales como: "fundamentos jurídicos punto cuarto, párrafo segundo: "nada impide de la exigencia de una licencia de apertura", y en su

parte "fundamentos jurídicos punto cuarto, párrafo tercero: "Establece la necesidad de licencias urbanísticas previas" (...), en esta línea el art. 194 de la ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (...) establece la necesidad de licencias urbanísticas previas (...) bajo esta perspectiva existe amparo legal suficiente para exigir la previa licencia de apertura.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Orense muestra su oposición.

Tras prolija exposición sobre la falta de presupuestos acreditativos de la vulneración del art. 16 CE rechaza la existencia de identidad con respecto a las sentencias invocadas.

Concluye en la improcedencia del recurso interpuesto. Expone que el recurrente plantea un recurso de casación ordinario (inadmisible al producirse contra una sentencia respecto a la que no cabe), disfrazado de recurso para unificación de doctrina, y que, por tanto, ha de ser desestimado.

CUARTO.- Constituye exigencia reiterada de este Tribunal para entrar en el examen de los argumentos esgrimidos al amparo del recurso de casación para la unificación de doctrina que, como expresa el art. 96.1 LJCA 1998, entre la sentencia que constituye su objeto y las aportadas de contraste concurren "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" pero "se hubiera llegado a pronunciamientos distintos".

Triple identidad que habrá que examinar si se produce o no, ya que caso de no concurrir el recurso deberá ser desestimado.

Por el contrario si se cumplen tales presupuestos, conforme al art. 98.2 LJCA 1998, deberá estimarse el recurso, casar la sentencia objeto de recurso y resolver el debate planteado con pronunciamientos ajustados a derecho, modificando las declaraciones efectuadas y las situaciones creadas por la sentencia recurrida.

Pero, además de la triple identidad deberá cumplirse lo preceptuado en el art. 97 LJCA 1998, es decir efectuar una exposición razonada de la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida a fin de que por este Tribunal se establezca cuál de los criterios opuestos que han mantenido los tribunales es el correcto.

Asimismo es esencial manifestar que el examen se centrara respecto de aquellas sentencias que no solo han sido aportadas sino que, además como es preceptivo en este tipo de recurso, se ha argumentado respecto a la concurrencia de la triple identidad poniendo de relieve la contradicción entre la sentencia impugnada y la de contraste.

Por ello se dará lugar al recurso cuando se repunte como criterio acertado el de la sentencia antecedente, no cuando la tesis correcta sea la contenida en la sentencia que se impugna (sentencia de 29 de junio de 2005, con cita de otras anteriores).

Todo ello sin olvidar que la finalidad de este recurso no es corregir la eventual infracción legal en que pueda haber incurrido la sentencia impugnada, sino reducir a la unidad criterios judiciales dispersos y contradictorios, fijando la doctrina legal al hilo de la cuestión controvertida (STS 10 de febrero de 1997, recurso de casación 4432/93 , con cita de otras anteriores).

También se ha insistido por este Tribunal que en este específico recurso de casación no cabe una revisión de la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia. En este recurso se parte de los hechos que, como justificados, ha fijado la sentencia impugnada. La prueba constituye una cuestión absolutamente ajena a este recurso extraordinario (STS de 29 de junio de 2005, recurso de casación para la unificación de doctrina 246/2004 con cita de otras muchas).

Debe añadirse que la contradicción ha de darse respecto de las sentencias dictadas en el orden jurisdiccional contencioso administrativo pues no cabe respecto del Tribunal Constitucional (STS 14 de febrero 2011, rec. unificación de doctrina 245/2008). Tampoco respecto de las emanadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STS 25 de marzo de 2002, recurso 2295/2001). O respecto de sentencias de orden social (STS 28 de septiembre 2007, recurso de casación 40/2005), o de la jurisdicción civil (STS 25 de marzo de 2013, recurso de casación 3993/2012).

Como dice la Sentencia de esta Sala de 23 de febrero de 2005, recurso de casación para la unificación de doctrina 333/2004, luego reiterada en el Auto de la Sección Primera de esta Sala de 22 de abril de 2010, recurso de queja 248/2009, ante la existencia de pronunciamientos

contradictorios entre distintas jurisdicciones no es "concebible que el conflicto lo zanjase esta Sala en exclusiva".

QUINTO.- Expuesto el marco del recurso para la unificación de doctrina resulta patente que el recurso debe ser inadmitido por varias razones.

En el llamado escrito de anuncio del recurso contra el Auto (sic, 4 veces denomina así la sentencia de 18 de enero de 2012) de fecha 17 de febrero 2012 se hace mención a los arts. 89.1, 86, 87 y 92 LJCA, todos ellos referidos al recurso de casación reputado ordinario, omitiendo que la regulación que hace el art. 97 LJCA unifica en un solo escrito lo que separadamente constituye preparación e interposición en el ordinario. Por ello el recurso no se articula siguiendo las exigencias debidas en un recurso para la unificación de doctrina.

Posteriormente en fecha 8 de abril de 2012 comparece ante este Tribunal Supremo interponiendo recurso de casación para la unificación de doctrina contra la STSJ Galicia de 18 de enero de 2012 pidiendo se case la sentencia recurrida, se declare la nulidad de los expedientes administrativos 284/08 y 565/09, se declare la producción de vulneración de los art. 16 y 21 CE más la condena al Ayuntamiento de Ourense al pago de una indemnización. Al citado suplico acompaña las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que utiliza como de contraste.

Antes del emplazamiento para comparecer ante este Tribunal por el TSJ de Galicia el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión del recurso pues el art. 96.3 LJCA descarta la recurribilidad por la vía de unificación de doctrina las pretensiones que sean recurribles por la vía ordinaria.

No fue declarada la inadmisión por la Sala de Galicia mas ello no impide que lo sea en esta fase. Ninguna duda ofrece que la sentencia de instancia dictada en el marco de un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales resultaba recurrible por la vía del recurso de casación ordinario, a tenor del artículo 86.2.b) LJCA.

Por ello la utilización de la vía subsidiaria del recurso de casación para unificación de doctrina resulta procesalmente inviable de acuerdo con lo establecido en el artículo 96.3 LJCA lo que conduce a la declaración de inadmisión.

Y a mayor abundamiento, de haber sido viable la utilización del recurso de casación para la unificación de doctrina: No se procede a mostrar la triple identidad exigida por la norma. Se limita a decir que la cuestión objeto de debate es "la clausura de locales de culto por la supuesta obligación de solicitud de licencia de apertura".

No tiene en cuenta que las normas legales utilizadas en las distintas sentencias esgrimidas no son las mismas (Reglamento de actividad molestas, LO 7/1980) que las que fundamenta la resolución del TSJ Galicia.

Y respecto a la denunciada infracción legal invoca una norma legal gallega respecto de la cuál habría que estar al art. 99 LJCA por lo que éste Tribunal no podría pronunciarse.

(...)

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina nº 1268/12 interpuesto por la representación procesal de la Iglesia de Dios Pentecostal Española contra la sentencia desestimatoria de fecha 18 de enero de 2012.

