|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 8/2013 |
| Fecha | de 15 de enero de 2013 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Pascual Sala Sánchez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, don Francisco José Hernando Santiago, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan José González Rivas. |
| Núm. de registro | 6704-2004 |
| Asunto | Recurso de amparo 6704-2004 |
| Fallo | Plantear cuestión interna de inconstitucionalidad respecto 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, por oposición al art. 14.2 CE, con suspensión del plazo para dictar Sentencia en el presente recurso de amparo.  |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante demanda que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 12 de noviembre de 2004, el Procurador de los Tribunales don C. H. S. interpuso 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 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 interrumpidamente 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, entendiendo que había de ser incluido por analogía dentro del art. 174 de la Ley general de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS), 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 fundado en un único motivo, la violación por no aplicación de lo dispuesto en el art. 174 LGSS, en relación con los arts. 14, 32.1, 39.1, 41 y 53.3 CE, y todo ello en concordancia con los arts. 44 a 47 del Código civil y con los criterios de aplicación de las normas jurídicas contenidas en los arts. 3.1 y 4.1 de dicha norma. Dictó Sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, el día 8 de octubre de 2004, desestimando el recurso de suplicación 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 invoca.

2. 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 supérstite 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 supérstite. 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.

3. Por providencia de 19 de julio de 2006, la Sección Primera de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), conceder a la parte demandante de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para formular, con las aportaciones documentales que procedieran, las alegaciones que estimaran oportunas en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda [art. 50.1 c) LOTC].

El recurrente, en escrito presentado en este Tribunal el día 7 de septiembre de 2006, solicitó la admisión a trámite de la demanda.

El Ministerio Fiscal, por su parte, evacuó el trámite mediante escrito registrado el 14 de septiembre de 2006, interesando la inadmisión del recurso por falta de contenido constitucional. Afirma que la obtención de una pensión de viudedad queda condicionada por la legislación vigente a la existencia de vínculo matrimonial, lo que posee una justificación que se basa en criterios razonables y no artificiosos, siendo además la medida proporcional al fin que se pretende conseguir, cual es el de un especial reconocimiento del matrimonio, tal y como postula el art. 32.1 CE. En suma, la imposibilidad de contraer matrimonio en los casos de uniones de hecho entre personas del mismo sexo no deriva de ninguna norma contraria a los actuales valores constitucionales, habiéndose mantenido tal imposibilidad no sólo durante el régimen político anterior, sino también en la época democrática en la que sólo a partir de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, se ha reconocido en el ámbito de la legalidad ordinaria dicha posibilidad. El demandante identifica interesadamente la falta de capacidad para contraer matrimonio —prosigue el Ministerio público— con la imposibilidad de contraerlo aun disponiendo de dicha capacidad conforme a patrones constitucionales. Pero, de llevarse este argumento a sus últimas consecuencias, resultaría que cualquier circunstancia determinante de la falta de capacidad para concluir el negocio jurídico en que el matrimonio consiste (edad, parentesco, ligamen, crimen, discapacidad psíquica…), al erigirse en circunstancia que “imposibilita” su celebración, constituiría —si fuere acompañada de convivencia personal— otra situación “impeditiva”, y por ende justificaría el reconocimiento de tales convivencias como sustrato legítimo de la pretensión de una pensión de viudedad. De este modo, se daría la paradoja de que una prestación de seguridad social, prevista precisamente en favor del matrimonio, vería transmutada su naturaleza, convirtiéndose en una prestación para aquellos convivientes que por la razón que fuere no pudieren contraerlo.

4. Por providencia de 8 de noviembre de 2006, la Sección Primera de este Tribunal admitió a trámite el recurso de amparo y, en aplicación del art. 51 LOTC, acordó requerir el testimonio de las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Asturias y Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, interesándose al propio tiempo el emplazamiento de quienes fueron parte en el procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada.

5. El día 4 de diciembre de 2006 tuvo entrada en este Tribunal escrito del Letrado de la Administración de la Seguridad Social en el que solicitaba se le tuviera por personado en el procedimiento de amparo en nombre del INSS. La posterior diligencia de ordenación, de 19 de diciembre de 2006, tuvo por recibidos los testimonios de las actuaciones, acordó en el sentido solicitado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social y concedió un plazo de veinte días a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que presentaran las alegaciones que estimaran pertinentes (art. 52.1 LOTC).

6. El día 24 de enero de 2007 evacuó el trámite el INSS. Considera que no procede otorgar el amparo por las siguientes razones: a) Debe valorarse la norma aplicable en la fecha del hecho causante. Las sucesivas alteraciones de los preceptos rectores de las prestaciones pasivas, de signo progresivamente favorable a los beneficiarios, ha obligado permanentemente a la fijación de determinadas fechas como límite temporal que posibilite o no este tipo de nuevas y más favorables percepciones, sin que ello vulnere el artículo 14 CE; b) Existe extensa doctrina sobre la constitucionalidad de la exigencia del vínculo del matrimonio como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad; c) Partiendo de la anterior premisa, es decir, de la constitucionalidad de la exigencia del requisito del matrimonio como presupuesto de la pensión de viudedad, el Tribunal se ha pronunciado en el Auto de 11 de julio de 1994 sobre la cuestión planteada, esto es, sobre si el no reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad que trae origen mediato en la imposibilidad legal de los homosexuales de contraer matrimonio —ya que el artículo 44 del Código civil sólo se refiere al matrimonio de dos personas de distinto sexo— vulnera el principio constitucional de igualdad, habiendo extendido a esos supuestos la doctrina que declara constitucional la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión.

En definitiva, el reconocimiento del derecho a las uniones de convivencia entre homosexuales requiere de previsión legal. Y esa determinación legal se ha establecido en la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, sin efectos retroactivos, de modo que por disposición del art. 2.3 del Código civil no puede aplicarse a la situación enjuiciada.

7. El Ministerio Fiscal registró su escrito de alegaciones el día 29 de enero de 2007, interesando la desestimación del recurso de amparo. Reitera los contenidos del escrito de alegaciones del trámite de audiencia del art. 50.3 LOTC, y añade que, con independencia de lo que haya de resolver en su día ese Tribunal acerca de la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, a la fecha actual no puede sostenerse de forma categórica e indubitada que el matrimonio al que se refiere el art. 32.1 CE sea tanto el celebrado entre personas de distinto sexo como el celebrado entre personas pertenecientes al mismo sexo. Sólo en el caso de que esta última aseveración pudiere efectuarse ahora de manera inconcusa, podría decirse que el matrimonio homosexual constituye, al igual que el heterosexual, un valor constitucional digno de protección. Por otra parte indica que las resoluciones judiciales combatidas se dictan con anterioridad a la promulgación de la mencionada Ley 13/2005, de 1 de julio, de modo que al tiempo de la resolución por los órganos judiciales de la pretensión deducida ni siquiera cabía una interpretación analógica de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, aplicada a un entonces inexistente reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo.

8. La representación del demandante en amparo no presentó escrito de alegaciones, según se hace constar en diligencia de 17 de abril de 2007.

9. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 11 de marzo de 2008, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 10 n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Primera de este Tribunal, recabar para el mismo el conocimiento del presente recurso de amparo.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Único. El art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, dispone que “en el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque a juicio de la Sala o, en su caso, de la Sección, la Ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar Sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes”. Tal previsión es aplicable con independencia de la fecha de iniciación del proceso de amparo (disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo) y cuando, como en el presente caso, haya correspondido al Pleno el conocimiento del presente recurso de amparo.

Como ha quedado expuesto en los antecedentes de esta resolución, el demandante de amparo imputa a las resoluciones impugnadas la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE). Ambas resoluciones confirman la previa decisión de la Administración de la Seguridad Social aplicando el art. 174.1 de la Ley general de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS), precepto que sólo reconoce la pensión de viudedad al cónyuge supérstite. Aduce el demandante de amparo, por una parte, que el reconocimiento expreso de la institución matrimonial y del derecho a contraer matrimonio en el art. 32 CE, implica una protección constitucional de esa institución, pero que esa habilitación constitucional no puede entenderse como la posibilidad ilimitada de establecer tratamientos favorables para un conjunto de ciudadanos, por el hecho de estar o haber estado casados, frente a los que no ostentan esa condición, resultando que las prestaciones de la Seguridad Social no se configuran como elementos naturalmente integradores del régimen del matrimonio o como técnicas de protección de la institución matrimonial, por lo que no es razonable introducir ese requisito para determinar si procede o no una determinada prestación. En segundo lugar, afirma que la denegación de la pensión de viudedad a la persona supérstite de una pareja homosexual, que convivió ininterrumpidamente más de cuarenta años con el fallecido como si de un matrimonio se tratase, supone una vulneración del art. 14 CE, al llevar consigo una desigualdad de trato respecto de las parejas heterosexuales, y por tanto una discriminación por exclusiva razón de sexo o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social, toda vez que al no existir en aquel momento posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo las parejas estables homosexuales nunca podían encontrarse en la situación legal del art. 174.1 LGSS, en la medida en que dicho precepto sólo reconoce la pensión de viudedad al cónyuge supérstite.

Esta última perspectiva de la cuestión sitúa la lesión denunciada en la misma norma legal, de ahí que resulte procedente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sobre 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 vigente en el momento de plantearse la solicitud, esto es, la dada al citado precepto legal por el art. 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por cuanto, al no existir en aquel momento posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas estables homosexuales nunca podían encontrarse en la situación legal prevista por el art. 174.1 LGSS, lo cual podría suponer una discriminación en razón de la orientación sexual del solicitante vedada por el art. 14 CE in fine, aunque el enjuiciamiento final sobre este asunto corresponde realizarlo libremente al Pleno de este Tribunal en su posterior sentencia.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Plantear cuestión interna de inconstitucionalidad respecto 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, por oposición al art. 14.2 CE, con suspensión del plazo para dictar Sentencia en el presente recurso de amparo.

Madrid, a quince de enero de dos mil trece.

### Votos

Voto particular que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara respecto al Auto de fecha 15 de enero de 2013 dictado en el recurso de amparo núm. 6704-2004 avocado al Pleno

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, dejo constancia de mi opinión discrepante puesta ya de manifiesto durante la deliberación del Auto.

1. El artículo 35.1 de la Ley Orgánica 2/1979 reguladora de la actividad de este Tribunal señala que cuando un Juez o Tribunal “considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya aplicación dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal”. Éste suele mostrarse exigente a la hora de constatar el juicio de relevancia realizado por el Juez a quo, lo que le lleva en más de una ocasión a rechazar, de acuerdo con el artículo 37.1, la cuestión planteada por considerarla notoriamente infundada”

Por otra parte, el artículo 55.2 de la misma Ley Orgánica establece que “En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno”, como ha ocurrido en el caso que nos ocupa.

Mi discrepancia deriva de no encontrar motivo de duda sobre la constitucionalidad del art. 174.1 del texto refundido 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. 32Uno de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, interpretado de acuerdo con la doctrina establecida de modo reiterado e incluso muy reciente sobre el particular.

2. La STC 184/1990, de 28 de febrero, FJ 2, establece en efecto que “el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido ni coartado porque al supérstite de una unión de hecho la Ley no le reconozca una pensión de viudedad”, reconociendo la constitucionalidad de “aquellas 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 convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio”. Recordaba a la vez cómo esta doctrina se halla ya presente en el ATC 156/1987, que afirmaba que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida”, apostillando: “y ello también respecto de las pensiones de viudedad”.

Años después, en la STC 66/1994, de 28 de febrero, FJ 3, el Tribunal considera de nuevo “admitida la constitucionalidad del vínculo matrimonial como presupuesto legítimo para que el legislador haga derivar de aquél determinados efectos —como el de conceder las pensiones de viudedad”. No menos elocuente al respecto se muestra el ATC 222/1994, de 11 de julio, FJ 2, al señalar que “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 un hombre y una mujer, que es un derecho constitucional que genera ope legis una pluralidad de derechos y deberes”.

Más recientemente aún, precisamente cuando este Tribunal decide con no escasas discrepancias admitir la posibilidad de un matrimonio homosexual, en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, dejando claro que se trata de una opción “escogida por el legislador español, en uso de su libertad de configuración de la institución matrimonial”, “dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce”. Recordaba cómo el ATC 204/2003, de 16 de junio, FJ 3, había resaltado la unión more uxorio no “ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”. Menos aún lo habría para contraer matrimonio. En efecto la Sentencia se refiere siempre a una “opción legislativa” sin reconocer en modo alguno un derecho constitucional a contraer matrimonio con persona del mismo sexo que derivara de exigencias del artículo 14 CE.

No cabe pues tampoco estimar existencia de discriminación alguna, difícilmente apreciable cuando no se niega derecho alguno. Las posibles consecuencias menos favorables son simple fruto de situaciones generadas por innovaciones o modificaciones normativas, como las analizadas en las SSTC 70/1983, de 26 de julio, FJ 2, o la 121/1984, de 12 de diciembre, FJ 2.

3. El legislador pudo, como ha hecho en otras ocasiones, contemplar la situación objeto de este recurso de amparo, atribuyéndole consecuencias más favorables. No lo hizo, sin que ello pueda extrañar. No en vano la memoria económica, que acompañaba al proyecto de la futura Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, estimaba que no generaría incremento alguno de gasto al no llevar consigo repercusión en el régimen de pensiones. Sin perjuicio de la viabilidad práctica que cupiera atribuir a tal pronóstico, la intención del legislador —que es lo que resulta en nuestro contexto relevante— queda fuera de toda duda.

4. No siendo posible estimar desigualdad de trato falta de fundamento objetivo y racional —ni en consecuencia discriminación, se la aprecie de modo directo o indirecto— no creo que pueda considerarse notoriamente fundado dudar de la constitucionalidad de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, salvo que lo que se cuestione sea la aludida doctrina expresada de modo reiterado por este Tribunal a lo largo de los años, sobre la cual la mayoría de los miembros del Tribunal que —con no pocos votos discrepantes— ha propiciado esta cuestión interna de constitucionalidad no ha expresado duda alguna.

Y en este sentido emito mi Voto particular.