

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 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 LOTC).

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. 147.3 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 2b)]. 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 51/2004, de 13 de abril, FJ 1; y 141/2008, de 30 de octubre, FJ 4)” (STC 18/2014, 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 18/2014, 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 18/2014, 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. 147.3 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 CI 932/2012, debemos argumentar nuestra disconformidad con los razonamientos que llevan al Pleno a estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala 4ª del Tribunal Supremo, en relación con el art. 147.3 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. 147.3 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. 147.3 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 aludiremos 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 226/1993, 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” (énfasis añadido), por lo que “Se preserva de este modo -en palabras, ya citadas, de la STC 156/1993- "un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles" que coexisten en España” (fundamento jurídico 3º) (STC 226/1993).

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 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. 147.3 LGSS, que señala que las parejas que deban regirse 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. 147.3 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 4ª 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 81/2013, 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 28/2012, 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. 147.3 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, 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. 147.3 primer inciso de la 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. 147.3 LGSS, por las razones ya expresadas.

Madrid, a once de marzo de dos mil catorce.