

**BASE DE DATOS NORMACEF FISCAL Y CONTABLE**

Referencia: NFJ058424

**TRIBUNAL SUPREMO**

Auto de 21 de mayo de 2015

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 2487/2012

**SUMARIO:**

**Derechos constitucionales y generales del derecho Tributario. Igualdad. ISD. Adquisiciones mortis causa. Reducciones de la base imponible. Parentesco. Grupo II. Equiparación del cónyuge con la pareja de hecho homosexual que convivió *more uxorio* con el causante cuando no podía legalmente contraer matrimonio, por no estar aprobada la Ley 13/2005 (Modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio).** El Tribunal manifiesta sus dudas respecto de si es razonable considerar extraño al supérstite de una pareja homosexual que convivió *more uxorio* con el finado, sin poder contraer legalmente matrimonio, a los efectos de cuantificar la capacidad económica gravada por el Impuesto o si resulta proporcionado que, siendo idéntica la capacidad económica gravada por el Impuesto, la Ley 29/1987 (Ley ISD) permitiera que la carga tributaria soportada por el supérstite de una pareja homosexual que convivió *more uxorio* con el finado, con quien no pudo legalmente contraer matrimonio, acabe siendo más del doble de la que le hubiera correspondido a un cónyuge supérstite en sus mismas circunstancias, lo que le obliga al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 20.2 a) Ley 29/1987 (Ley ISD), cuando se trata de aplicarlo a las parejas homosexuales que convivían *more uxorio* sin poder contraer legalmente matrimonio, en tanto circunscribe a los cónyuges la aplicación del régimen regulado para el Grupo II, por su eventual contradicción con los arts. 14 y 31.1 CE. [Vid., STC, n.º 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 (NCJ057487)].

**PRECEPTOS:**

Constitución Española, arts. 14, 31, 40, 41 y 50.

Ley 29/1987 (Ley ISD), art. 20.2 a).

**PONENTE:***Don Manuel Vicente Garzón Herrero.*

Magistrados:

Don JOAQUIN HUELIN MARTINEZ DE VELASCO

Don JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ

Don JUAN GONZALO MARTINEZ MICO

Don MANUEL MARTIN TIMON

Don MANUEL VICENTE GARZON HERRERO

Don RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO

**Sala de lo**

Contencioso-Administrativo

Sección : SEGUNDA

A U T O

Auto: RECURSO CASACION

Fecha Auto : 21/05/2015

Recurso Num .: 2487/2012

Fallo: Auto Texto Libre

Ponente : Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero Procedencia : T.S.J. ASTURIAS. SALA C/A. SECCIÓN ÚNICA Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Escrito por : ML-YP - FAM

Nota:

Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad . Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones . Tratamiento de las parejas homosexuales que convivían more uxorio cuando no podían contraer legalmente matrimonio .

Recurso Num .: 2487/2012 RECURSO CASACION Ponente Excmo . Sr. D.: Manuel Vicente Garzón Herrero Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO -ADMINISTRATIVO SECCIÓN : SEGUNDA

A U T O

Excmos. Sres.: Presidente :

D. Rafael Fernández Montalvo

Magistrados :

D. Manuel Vicente Garzón Herrero

D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

D. José Antonio Montero Fernández

D. Manuel Martín Timón

D. Juan Gonzalo Martínez Micó

En la Villa de Madrid, a veintiuno de mayo de dos mil quince .

## HECHOS

### Primero.

El 18 de julio de 2012, doña Tarsila , representada por el Procurador de los Tribunales don José Luis Barragués Fernández, interpuso ante esta Sala el recurso de casación 2487/2012 frente a la sentencia 571/12, dictada el 14 de mayo de 2012, por la Sección Única de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias , que estimó en parte el recurso ordinario 748/2010, contra la resolución aprobada por el Tribunal Económico-Administrativo Central el 28 de abril de 2010, anulándola por no ser ajustada a Derecho, «debiendo por la Administración tributaria realizarse nueva liquidación en la que se lleve a cabo una deducción de 187.706,60 euros, y se recalculen los intereses legales de la indemnización litigiosa en la forma señalada en esta resolución, anulando igualmente la sanción impuesta, y desestimando el recurso en todo lo demás».

La resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central había confirmado en alzada la emitida el 27 de julio de 2007 por el Tribunal Económico-Administrativo Regional del Principado de Asturias , que desestimó las reclamaciones acumuladas NUM000 y NUM001 , presentadas por doña Tarsila contra sendos acuerdos del Servicio de Inspección Tributaria de la Dirección General de Finanzas y Hacienda de la Consejería de Economía y

Administración Pública del Gobierno del Principado de Asturias, practicándole, con fecha 15 de marzo de 2004, liquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por una cuantía total de 1.109.518,94 euros, e imponiéndole, con fecha 9 de diciembre de 2004, una sanción de 5.524,96 euros.

Por lo que a la resolución de este recurso de casación interesa, el debate de instancia giró en torno a la aplicabilidad de la reducción de la base imponible [ artículo 20.2.a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones ] y el coeficiente multiplicador [ artículo 22.2 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones ] correspondientes al «Grupo II: adquisiciones por descendientes y adoptados de veintiuno o más años, cónyuges, ascendientes y adoptantes», ante una convivencia de carácter homosexual more uxorio entre la finada, doña Filomena , fallecida el 11 de agosto de 2001, y la recurrente, doña Tarsila , en vez de los correspondientes al «Grupo IV: en las adquisiciones por colaterales de cuarto grado, grados más distantes y extraños».

Sobre el particular, la Sala de instancia concluye en el fundamento de derecho Tercero de la sentencia impugnada :

«[D]ada la normativa vigente a la fecha de devengo, se ha de señalar, en general, que es incontestable la existencia de situaciones de convivencia "more uxorio" no prohibidas por la Ley, e incluso, en ciertos aspectos amparados por ella, y que la tendencia actual es atribuir la máxima plenitud de efectos a estas situaciones, pero no se puede olvidar el límite que para el Tribunal tiene el sometimiento a la ley, de modo que el argumento dirigido a posibilitar la aplicación a un miembro de una pareja de hecho homosexual la reducción de la base imponible del ISD prevista para los cónyuges en la Ley, con fundamento en el Derecho Fundamental a la igualdad que proclama el artículo 14 de la CE , no puede compartirse, pues la exigencia de vínculo matrimonial ha sido contemplado por el propio TC en sentencia 384/1990 y 66/1994 , que aunque contemplando confrontaciones entre unión matrimonial y la pura fáctica de heterosexuales, puede extenderse también a la unión de homosexuales que conviven maritalmente, pero no es una institución jurídicamente regulada, al momento de referencia, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento, como sucede con el matrimonio entre hombre y mujer ( artículo 32.1 de la CE ), e incluso el TEDH tiene declarado (sentencia de 27 de septiembre de 1990 ) que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de Roma , y con ello no es posible concluir que el trato más favorable a la unión familiar pueda considerarse sin más discriminatorio o arbitrario con el artículo 14 de la CE , y como en el plano de la legalidad la decisión administrativa es ajustada a derecho en este aspecto, como viene a reconocer la propia recurrente, la nulidad radical que se propugna no puede estimarse por lo anteriormente razonado.

En cuanto a la retroactividad que se propugna de la Ley 15/2002, de 27 de diciembre, del Principado de Asturias, contemplada en su dimensión constitucional como se plantea en el recurso, ante dicha ley y lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil , tampoco puede compartirse pues el artículo 24 de la Ley del Impuesto dispone que en las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros de vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado, por lo que se ha de estar a la Ley aplicable a la fecha del fallecimiento, y es claro que en el caso no estaba contemplada a aquella fecha la situación de la pareja de hecho, ni su equiparación con las personas que contrajeron matrimonio, por lo que tal circunstancia no puede tenerse en cuenta a los efectos de acceder a las reducciones solicitadas, y es que el exhaustivo y documentado informe en que se apoya la parte actora, no es compartido por este Tribunal al no apreciarse una discriminación que el legislador corrige con la nueva legalidad ordinaria de las Leyes del Principado 4/2002 y 15/2002, y la Ley Estatal 13/2005, pues ha hemos expresado que no existe un derecho a un tratamiento igualatorio, en las distintas esferas jurídicas, entre el matrimonio y las uniones "more uxorio", y además la Constitución recoge (artículo 3.1 ) un específico principio de igualdad en el ámbito tributario, con matizaciones diferentes del genérico principio de igualdad del artículo 14 de la misma, y el principio de igualdad tributaria, aparte de los específicos en su ámbito, se predica respecto de la persona física individual y no respecto a parejas o grupos de personas, aparte del reforzamiento del principio de legalidad y seguridad jurídica en el ámbito tributario, como tampoco cabe hablar de que pudiera admitirse la analogía en el alcance del artículo 24 de la LGT , dados los requisitos para su aplicación, pues la LISD es clara al respecto, y no puede hablarse de igualdad jurídica esencial entre ambas situaciones en tanto en un caso existe matrimonio y en otro no».

## **Segundo.**

En el escrito de interposición del recurso de casación, doña Tarsila invocó tres motivos, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa, denunciando que la sentencia impugnada infringe:

1º) Los artículos 1.1 , 9.2 , 10.1 y 14 de la Constitución Española , en relación con el artículo 20.2 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones , y la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (primer motivo).

Sostiene, en esencia, que no hay nada en la Ley 13/2005 que no estuviera implícito en los artículos 1.1 , 9.2 , 10.1 y 14 de la Constitución Española , de donde infiere que el Tribunal a quo debió examinar: de un lado, si la recurrente y la fallecida tuvieron libertad para casarse o para disponer de un marco legal de convivencia análogo en su relación more uxorio y si las causas que se lo impedían resultaban constitucionalmente legítimas, y de otro lado, si el diferente trato recibido en la liquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones no encubría o permitía encubrir una discriminación constitucionalmente proscrita.

2º) Los artículos 1.1 , 9.2 , 9.3 , 10.1 y 14 de la Constitución Española , en relación con el artículo 20.2 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones , el artículo 2.3 del Código Civil y la Ley 13/2005 (segundo motivo).

Recuerda que en su demanda postuló la aplicación retroactiva tanto de la Ley del Estado 13/2005, como de las Leyes del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables, y 15/2002, de 27 diciembre, de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2003, al haber establecido esta última en su artículo 13.a) una mejora en la reducción de la base imponible prevista en el artículo 20.2 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones , consistente en que «[l]as parejas estables definidas en los términos de la Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, se equiparán a los cónyuges», añadiendo ese mismo artículo 13 , in fine, que tal equiparación regirá también «para la aplicación de los coeficientes multiplicadores a que se refiere el artículo 22» de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones .

Entiende que la sentencia impugnada rechaza la aplicación retroactiva no sólo de la Ley del Principado de Asturias 15/2002, sino también de la Ley del Principado de Asturias 4/2002 y, en particular, de la Ley del Estado 13/2005.

Efectuadas estas precisiones previas, defiende en sustancia que la Ley 13/2005 realiza una interpretación auténtica de la existencia de discriminación previa por razón de la orientación sexual en su Exposición de Motivos, por lo que, aun no contemplando la retroactividad de sus disposiciones, impone una retroactividad de carácter imperativo, pues de otra forma a las situaciones nacidas con anterioridad a la misma , pero que debieran enjuiciarse una vez que entró en vigor, lo serían de acuerdo con parámetros constitucionales distintos .

Subraya que el artículo 2.3 del Código Civil sólo puede ser interpretado conforme al artículo 9.3 de la Constitución Española , precepto que no impide la aplicación retroactiva de normas favorables a los derechos individuales .

Y concluye, conforme a lo razonado, que tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005 la única interpretación constitucionalmente válida del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones , sólo puede ser la que no excluya a las parejas estables de homosexuales del mismo tratamiento dispensado a los cónyuges .

3º) El artículo 14 de la Constitución Española , en relación con los artículos 3.1 del Código Civil , 20.2.a ) y 24 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones , y la Ley 13/2005, así como también los artículos 9 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (tercer motivo).

Aduce que la sentencia impugnada no interpreta las normas aplicables al supuesto de hecho, como le imponía el artículo 3.1 del Código Civil , puesto que no advirtió que el legislador había reconocido en la Ley 13/2005 la existencia de discriminación previa del colectivo homosexual en sus relaciones more uxorio, habida cuenta de la inexistencia de regulación específica de su situación, por lo que debió interpretar los preceptos legales aplicables al caso reconociendo su derecho al mismo tratamiento que un cónyuge .

Sostiene además que los artículos 9 -que garantiza el derecho a contraer matrimonio, sin mención alguna al sexo de los contrayentes- y 21 -que prohíbe toda discriminación y, en particular, por razón de sexo y orientación sexual- de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea también obligaban al Tribunal a quo a interpretar la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en el sentido expuesto .

### **Tercero.**

La Administración General del Estado se opuso al recurso mediante escrito registrado el 22 de febrero de 2013, argumentando en resumen cuanto sigue.

Con respecto al primer motivo de casación, que la cuestión planteada con el mismo fue resuelta por sentencia dictada el 8 de febrero de 2002 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (recurso de casación 8075/1996 ), en la que, con respecto de una relación more uxorio no homosexual, se concluye que no cabe equiparar esas relaciones con el matrimonio en las transmisiones mortis causa, a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, por no ser posible una interpretación analógica de los preceptos legales aplicables, sin que ello suponga discriminación alguna ni vulneración del principio de igualdad. Aun cuando la institución del matrimonio fue modificada después por Ley 13/2005, subraya que el impuesto concernido se devenga al tiempo del fallecimiento del causante, y entonces el matrimonio no se había celebrado .

En relación con el segundo motivo de casación, que no cabe aplicar retroactivamente la Ley 13/2005 y que, por tanto, no es posible apreciar la existencia de la discriminación denunciada por la recurrente, remitiéndose en todo caso a la sentencia antes citada .

Y por lo que se refiere al tercer y último motivo, que el término «cónyuge» empleado por la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones no se puede desvirtuar en su aplicación por el hecho de que años después del fallecimiento del causante se produjera una modificación de la legislación civil, que no de la legislación tributaria .

#### **Cuarto.**

El Principado de Asturias se opuso al recurso por escrito registrado el 22 de febrero de 2013, con sustento en las mismas razones expuestas en el fundamento de derecho Tercero de la sentencia de instancia, que pone en relación con los tres motivos de casación articulados, reiterándolas punto por punto .

#### **Quinto.**

Fijado el día 4 de febrero de 2015 para votación y fallo de este recurso, mediante providencia adoptada en el mismo día, el señalamiento se dejó sin efecto para, de conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional , oír a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de diez días, a fin de que alegasen lo que a su derecho tuvieran por conveniente sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del « artículo 20.2 a) II de la Ley 29/87 de 18 de diciembre en cuanto circunscribe a los "cónyuges" el régimen que en dicho apartado se establece» , en tanto que:

«La Sala considera que la expresión "cónyuges" podría ser interpretada conforme a la realidad social hoy existente, pese a que esta interpretación no coincida con la que era procedente en la época del devengo del impuesto (2002).

Sin embargo, esta consideración no resuelve el problema planteado, pues la condición de "cónyuges" también entonces, y conforme al tenor literal del precepto era exigible. Es decir, no bastaba la "mera convivencia" sino que se requería el matrimonio.

La estimación de la pretensión efectuada exige reconocer que la actora y D<sup>a</sup>. Filomena , que era la persona con quien aquella convivía, al no poder contraer matrimonio cuando aquella situación tuvo lugar, sufrían una discriminación, contraria al principio de igualdad constitucionalmente reconocido en el artículo 14 de la CE , lo que exigiría que el término "cónyuge" utilizado en la ley precitada fuese entendido de manera compatible con la Constitución .

Esta interpretación conforme a la Constitución, superando el tenor literal del precepto, correspondería, en su caso, efectuarla al Tribunal Constitucional».

#### **Sexto.**

La Administración General del Estado evacuó el traslado en escrito registrado el 18 de marzo de 2015, pidiendo que se «declare la improcedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 20 de la Ley 29/1987 ».

Considera, en primer lugar, que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 92/2014, de 10 de junio , y 124/2014, de 21 de julio , resulta aplicable al caso de autos y determina la constitucionalidad del precepto legal, porque a juicio del Tribunal Constitucional no va contra la igualdad constitucionalmente reconocida la situación previa a la entrada en vigor de la Ley 13/2005; esto es, aquella en que las personas homosexuales no podían contraer matrimonio. Recuerda que ya en el auto 222/1994, de 11 de julio, el Tribunal Constitucional había dicho que «debe admitirse la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial».

Sostiene, en segundo lugar, que no hay una especie de vulneración de la igualdad por diferentes regulaciones temporales .

Por una parte, no se puede entender que el legislador en la Ley 13/2005 haya querido amparar las uniones de parejas del mismo sexo en las que uno de los miembros falleció antes de su entrada en vigor y la convivencia se había extinguido, no pudiéndose afirmar que esta falta de protección vulnera el artículo 14 de la Constitución Española . Dicha ley no contiene disposiciones transitorias y el hecho de no haber podido contraer matrimonio antes de que entrase en vigor, por no reunir los requisitos legalmente establecidos para ello, no supone infringir el principio de igualdad, sino simplemente aplicar en sus propios términos el artículo 44 del Código Civil entonces vigente.

Por otra parte, aunque la Ley 13/2005 esté presidida por el principio de igualdad, la legislación vigente con anterioridad a una reforma no pugna con el artículo 14 de la Constitución Española , según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, porque ese precepto «no impide el distinto tratamiento temporal de situaciones iguales motivado por la sucesión normativa ( SSTC 7/1983 , 103/1984 , 121/1984 , 128/1989 , 88/1991 ... )».



Afirma, en tercer lugar, que si se considerase que la regulación del matrimonio previa a la Ley 13/2005 pudiera ser contraria al principio constitucional de igualdad, lo que habría que plantear es la inconstitucionalidad del Código Civil, básicamente de su artículo 44, y no de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Concluye postulando la impertinencia de la cuestión de inconstitucionalidad, recordando que la fecha de devengo era el 11 de agosto de 2001 y que la ley que modificó la institución matrimonial es de 2005, y remitiéndose a su escrito de oposición en lo que atañe a la irretroactividad de las normas y a la incidencia de la legislación civil en materia tributaria.

#### **Séptimo.**

El Principado de Asturias, en escrito registrado también el 18 de marzo de 2015, da por reiterado cuanto manifestó en su escrito de oposición y suscribe todo lo dicho por el Abogado del Estado, no participando, en consecuencia, del parecer de esta Sala en cuanto al sometimiento del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones a la interpretación del Tribunal Constitucional.

#### **Octavo.**

Doña Tarsila, por escrito presentado el 24 de marzo de 2015, funda la procedencia de «plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional» en los siguientes argumentos:

##### **Primero.**

Interpretación del término «cónyuges» conforme a la realidad social y jurídica actual y garantía por los poderes públicos del principio de no discriminación.

Trae a colación el fundamento jurídico 4 de la sentencia 9/2010, de 27 de abril, donde el Tribunal Constitucional interpretó el término «hijo ilegítimo» contenido en un testamento de 1927, en el sentido más adecuado para los principios de igualdad y no discriminación, cuando esa disposición testamentaria debía ser aplicada, una vez entrada en vigor la Constitución, al entender que, como en aquel caso, en éste el término «cónyuge» era susceptible de diferentes interpretaciones en 2001.

En concreto, cabía interpretarlo como cada uno de los miembros de una relación de convivencia sentimental estable, con independencia de su sexo, cuando sus integrantes no pudieron plantearse contraer matrimonio por impedirlo la Ley, en términos que se han reputado en interpretación auténtica del legislador en la Ley 13/2005 como discriminatorios y contrarios a los artículos 14, 9.2 y 10.1 de la Constitución Española.

##### **Segundo.**

La retroactividad de la Ley para impedir que discriminaciones latentes en el pasado se transformen en discriminaciones efectivas en el presente.

Tras reproducir un pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, considera que una vez que el legislador ha tomado conciencia de que la situación previa era discriminatoria y decide removerla, ya no está actuando libremente sino que se siente vinculado por imperativos constitucionales. Deduce de aquí que el Tribunal Constitucional no podría ya sustituir la valoración del legislador para seguir afirmando que son situaciones diferentes, pero no discriminatorias, en los términos que se han hecho en ocasiones tales como en su sentencia 119/1987, de 9 de julio.

Afirma que la Ley 13/2005 termina con una discriminación latente, porque como tal la juzga el legislador, y justamente por eso, el nuevo marco legal debe tener eficacia retroactiva, de lo contrario lo que era una discriminación latente, subsanable mediante la aplicación de la nueva ley, se convierte en una discriminación resistente a una ley nacida con el objetivo de ponerle fin.

#### **Noveno.**

El Fiscal, mediante escrito presentado el 30 de marzo de 2015, no considera necesario plantear cuestión de inconstitucionalidad, porque existe doctrina reciente del Tribunal Constitucional claramente aplicable al caso, en su opinión, que conduce a estimar que la norma legal controvertida y su aplicación por el Tribunal de instancia son conformes a la Constitución.

Se trata, dice, de la contenida en las sentencias 92/2014, de 10 de junio, y 157/2014, de 6 de octubre, que remite a la anterior. La tesis del Tribunal Constitucional es que no existe un derecho constitucional al establecimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que se trata de una mera opción del legislador.

Por consiguiente, el que en cierto momento histórico, vigente la Constitución, dos personas del mismo sexo no tuvieran la posibilidad legal de casarse no vulnera el artículo 14 de la Constitución Española y, por tanto, sólo cuando el legislador ejercitó su opción, reconociendo y regulando el matrimonio entre personas del mismo sexo, podría éste gozar de la misma tutela legal que el matrimonio heterosexual .

A la vista de ello, aunque supera los juicios de aplicabilidad y relevancia, entiende innecesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, porque la duda de constitucionalidad de la norma legal cuestionada ha sido resuelta en sentido negativo por el Tribunal Constitucional, por más que dicha norma sea distinta de la que motivó su consolidada doctrina.

#### **Décimo.**

En diligencia de ordenación de 31 de marzo de 2015, se pasaron las actuaciones al magistrado ponente para adoptar la resolución procedente.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero,

Magistrado de la Sala

### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

#### **Primero. El litigio y sus hechos**

**1º)** Doña Filomena falleció el día 11 de agosto de 2001, en estado civil de soltera y sin descendencia, habiendo otorgado ante notario testamento abierto con fecha 3 de abril de 2001, en el que instituía heredera universal y única a doña Tarsila .

**2º)** Con fecha 21 de julio 2002, la oficina liquidadora de Avilés giró a esta última liquidación provisional por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

**3º)** El 23 de mayo de 2002 se aprobó la Ley del Principado de Asturias 4/2002, de Parejas Estables, y el 27 de diciembre de 2002, la Ley del Principado de Asturias 15/2002, de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2003, en cuyo artículo 13.a) se estableció una mejora en la reducción de la base imponible prevista en el artículo 20.2 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones , consistente en que «[l]as parejas estables definidas en los términos de la Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, se equiparán a los cónyuges», añadiendo ese mismo artículo 13 , in fine, que tal equiparación regirá también «para la aplicación de los coeficientes multiplicadores a que se refiere el artículo 22» de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones .

**4º)** El 20 de enero de 2004, el Servicio de Inspección Tributaria de la Dirección General de Finanzas y Hacienda de la Consejería de Economía y Administración Pública del Gobierno del Principado de Asturias incoó a doña Tarsila el acta en disconformidad A02 número NUM002 , proponiendo la práctica de una liquidación tributaria por importe total de 1.109.518,94 euros; propuesta que fue confirmada por el acuerdo de liquidación definitiva de 15 de marzo de 2004.

**5º)** Cuando el 1 de julio de 2005 se aprobó la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio , doña Tarsila ya había presentado reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional del Principado de Asturias contra la susodicha liquidación, que resultó desestimada en resolución acordada el 27 de julio de 2007.

**6º)** Disconforme con esa decisión interpuso recurso de alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, que también fue desestimado por resolución adoptada el 28 de abril de 2010.

**7º)** Contra esta última dedujo recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, tramitado con el número 748/2010 .

En lo que aquí importa, doña Tarsila denunció en el fundamento jurídico-material tercero de su demanda la violación del derecho fundamental a la igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución Española , al habersele negado la aplicabilidad de la reducción de la base imponible y el coeficiente multiplicador del «Grupo II» para los «cónyuges», pese a la existencia de una convivencia de carácter homosexual more uxorio con la finada, con sustento en tres argumentos principales :

«I.- La imperativa retroactividad, por mandato constitucional, de las leyes correctoras de una discriminación latente en el ordenamiento jurídico . La Ley 13/2005 y las Leyes del Principado de Asturias [4/2002] y [15/2002], como normas correctoras de discriminación» .

«II.- Interpretación del artículo 20.2 de la LISD conforme a la valoración social de la realidad hecha por el legislador actual» .

«III.- La existencia de discriminación indirecta reconocida por la Ley 13/2005, obliga a declarar la nulidad de la impugnada y de las resoluciones que confirma, por violación del derecho a la igualdad ante la Ley reconocido por el artículo 14 de la Constitución ».

**8º)** La Sala de instancia desestimó esa pretensión en el fundamento de derecho Tercero de su sentencia 571/12, de 14 de mayo de 2012 , que ha sido reproducido en el hecho Primero de este auto .

**9º)** Doña Tarsila se alzó en casación articulando tres motivos, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en los términos resumidos en el hecho Segundo, a los que se opusieron la Administración General del Estado y el Principado de Asturias con los argumentos sintetizados en los hechos Tercero y Cuarto , respectivamente.

**10º)** Por providencia de 4 de febrero de 2015, esta Sala dejó sin efecto el señalamiento para votación y fallo, acordando oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del « artículo 20.2 a) II de la Ley 29/87 de 18 de diciembre en cuanto circunscribe a los "cónyuges" el régimen que en dicho apartado se establece» (sic), con el resultado del que se ha dejado constancia de forma sintética en los hechos Sexto a Noveno .

### **Segundo. Juicio de relevancia**

Para esta Sala resulta patente que la solución que haya de darse al recurso de casación depende de la constitucionalidad del artículo 20.2, letra a), de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones , cuando se trata de aplicarlo a las parejas homosexuales que convivían more uxorio sin poder contraer legalmente matrimonio, en tanto circunscribe a los «cónyuges» la aplicación del régimen regulado para el «Grupo II» .

Aunque considerásemos que la expresión «cónyuges» podría ser interpretada conforme a la realidad social hoy existente, pese a que esta exégesis no coincida con la que era procedente en la época del devengo del impuesto, tal consideración no resolvería el problema que se nos ha planteado, pues la condición de «cónyuges» también entonces, y conforme al tenor literal del precepto, no exigía la «mera convivencia» sino que requería el matrimonio.

Sólo podríamos estimar la pretensión de la recurrente, reconociendo que doña Tarsila , por no haber podido contraer matrimonio con doña Filomena con quien convivía cuando falleció, sufrió una discriminación contraria al principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española cuando se le liquidó el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, lo que para evitarla nos obligaría a entender el término «cónyuge» utilizado en la ley precitada de una manera compatible con la Constitución. Pero esta eventual interpretación conforme, al superar el tenor literal del precepto, le corresponde efectuarla, en su caso, al Tribunal Constitucional.

En definitiva, si el susodicho precepto se considera constitucional, cuando se trata de aplicarlo a las parejas homosexuales que convivían more uxorio sin poder contraer legalmente matrimonio, esta Sala debería confirmar la decisión adoptada en este punto por el Tribunal a quo, desestimando el recurso de casación. Si, por el contrario, se juzga opuesto a la Constitución Española, esta Sala debería estimar el recurso de casación y el recurso contencioso-administrativo, reconociendo el derecho de la recurrente a considerarla integrada en el «Grupo II», al objeto de aplicar en la liquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones tanto la reducción de la base imponible contenida en el artículo 20.2, letra a), de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones , como el coeficiente multiplicador previsto en el artículo 22.2 de dicha Ley que le correspondiera .

### **Tercero. Dudas de constitucionalidad**

Esta Sala conoce la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 92/2014, de 10 de junio [reiterada en las SSTC 93/2014, de 12 de junio ; 98/2014, de 23 de junio ; 115/2014, de 8 de julio ; 116/2014, de 8 de julio ; 124/2014, de 21 de julio , y 157/2014, de 6 de octubre ], que sirve a la Administración General del Estado, al Principado de Asturias y a la Fiscalía para considerar innecesaria la presentación de cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 20.2, letra a), de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones , cuando se trata de aplicarlo a las parejas homosexuales que convivían more uxorio sin poder contraer legalmente matrimonio, en tanto circunscribe a los «cónyuges» la aplicación del régimen regulado para el «Grupo II» .

Debemos sintetizarla al objeto de evidenciar las similitudes y las diferencias existentes entre aquellos casos y el supuesto aquí enjuiciado .



Como aquí sucede, en el supuesto examinado en la STC 92/2014 dos personas del mismo sexo habían convivido more uxorio durante un largo período de tiempo hasta el fallecimiento de una de ellas, que se produjo antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, y como aquí sucede también el precepto legal aplicable para resolver la controversia utilizaba explícitamente el término «cónyuge», lo que planteaba la duda de constitucionalidad de si tal restricción al «cónyuge» podría vulnerar el artículo 14 de la Constitución Española, debido a la imposibilidad legal para las parejas homosexuales de contraer matrimonio hasta la aprobación de la citada Ley 13/2005 -declarada constitucional por la STC 198/2012, de 6 de noviembre -.

Las expuestas son todas las similitudes relevantes entre aquel caso y el presente, por lo que sólo son aplicables los fundamentos jurídicos 4 a 6, que contienen la ratio decidendi, en tanto en cuanto guarden relación con esas similitudes; a saber:

«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 indubitablemente una circunstancia incluida en la cláusula 'cualquier otra condición o circunstancia personal o social' a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación (por todas, STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3)" [ STC 41/2013, 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. [...]

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 [...]. 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 184/1990, 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 184/1990, de 15 de noviembre, y más recientemente AATC 188/2003, de 3 de junio, 47/2004, de 10 de febrero, 77/2004, de 9 de marzo, 177/2004, de 12 de mayo, o 203/2005, 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 198/2012, 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 .

[...]».

Siendo estas las razones enteramente aplicables al presente caso, esta Sala sigue albergando dudas de constitucionalidad respecto del artículo 20.2, letra a), de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones , cuando se trata de aplicarlo a las parejas homosexuales que convivían more uxorio sin poder contraer legalmente matrimonio, en cuanto circunscribe a los «cónyuges» la aplicación del régimen regulado para el «Grupo II», porque el resto de las razones contenidas en los fundamentos jurídicos de la STC 92/2014 no dan respuesta inequívoca al problema que nos plantea el supuesto aquí enjuiciado.

En efecto, no nos resulta evidente que el legislador tenga el mismo margen para configurar el régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social, que para configurar el régimen de cuantificación de un tributo que, según sus propias palabras, «cierra el marco de la imposición directa, con el carácter de tributo complementario del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», contribuyendo a la «redistribución de la riqueza» [apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones].

El margen del legislador cuando da contenido al deber de contribuir establecido en el artículo 31.1 de la Constitución Española , con la finalidad de cerrar el marco de la imposición directa y de contribuir a la consecución de uno de los principios rectores de la política social y económica, como lo es la redistribución de la riqueza ex artículo 40.1 de la Constitución Española , no puede ser el mismo que cuando simplemente se limita a cumplir con otros dos de los principios rectores de la política social y económica, como lo son los contenidos en los artículos 41 y 50 de nuestra Carta Magna , sustento constitucional de las pensiones de viudedad .

En otras palabras, constitucionalmente no es igual la protección social dispensada por una pensión de viudedad al «cónyuge» supérstite, que la adecuación del gravamen establecido en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones a la capacidad económica que manifiesta en su condición de viudo. Por ello, la posibilidad declarada constitucional de negarle el derecho a una pensión de viudedad al supérstite de una pareja homosexual, no exige que se anude idéntica conclusión a la cuantificación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones como «cónyuge», considerándolo como un «extraño» a estos efectos, cuando está acreditado que no pudo contraer legalmente matrimonio antes del fallecimiento de su pareja .

Lo expuesto resulta más claro si se recuerda que, como se lee en la Exposición de Motivos de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, para seguir la pauta marcada por el artículo 31 de la Constitución Española , se prevé la liquidación del tributo, atendiendo a la cuantía de la adquisición patrimonial y el grado de parentesco entre transmitente y adquirente, disponiendo «para acentuar la progresividad» que resulta de la simple aplicación de la tarifa y adaptarla al grado de parentesco, «la aplicación de unos coeficientes multiplicadores que son distintos para cada uno de los grupos que establece», e incorporando en la «ordenación del tributo», para las adquisiciones mortis causa, «unos mínimos exentos [...] que se estructuran en forma de reducciones de la base imponible y que se modulan en función de los grupos de parientes que se indican» [véanse los apartados I y II .6].

En suma, las reducciones de la base imponible, que operan en función del Grupo en que se integre el sujeto pasivo, según su grado de parentesco con el causante, se configuran legalmente como mínimos exentos, y los coeficientes multiplicadores sobre la cuota íntegra resultante de la tarifa, variables en función del patrimonio preexistente del sujeto pasivo y del Grupo en que se integre, son mecanismos técnicos legales de acentuación de la progresividad del tributo. Se trata, pues, de elementos estructurales del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones .

Siendo esto así, conviene recordar que el Tribunal Constitucional ha venido exigiendo para permitir el trato dispar de situaciones homologables -como nos parecen, a la hora de cuantificar el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones , la del cónyuge supérstite y la del supérstite de una pareja homosexual que convivió more uxorio con el finado y no pudo contraer legalmente matrimonio-, «además del fin lícito, la concurrencia de una doble garantía: a) La razonabilidad de la medida, pues no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE , sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) la proporcionalidad de la medida, pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino sólo aquellas desigualdades en las que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pues para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad desde una perspectiva constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (por todas, las SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9 ; 214/1994, de 14 de julio, FJ 8 ; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2 ; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4 ; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4 ; y 96/2002, de 25 de abril , FJ 7)» [ STC 19/2012, de 15 de febrero , FJ 5. En parecidos términos la más reciente STC 60/2015, de 18 de marzo , FJ 4].

Pues bien, la razonabilidad y proporcionalidad de la disparidad de trato que aquí nos ocupa, en el marco del artículo 14 de la Constitución Española , no se puede decidir sin atender a lo exigido por el artículo 31.1 de la Constitución Española , conforme ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional.

Situados en esta tesitura, a esta Sala se le plantean las siguientes dudas:

¿Es razonable considerar «extraño» al supérstite de una pareja homosexual que convivió more uxorio con el finado, sin poder contraer legalmente matrimonio, a los efectos de cuantificar la capacidad económica gravada por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones ?

¿Resulta proporcionado que, siendo idéntica la capacidad económica gravada en ese impuesto, la Ley 29/1987 permitiera que la carga tributaria soportada por el supérstite de una pareja homosexual que convivió more uxorio con el finado, con quien no pudo legalmente contraer matrimonio, acabe siendo más del doble de la que le hubiera correspondido a un cónyuge supérstite en sus mismas circunstancias ?

#### **Cuarto.**

Por cuanto antecede, de conformidad con los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional , procede plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 20.2, letra a), de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones , cuando se trata de aplicarlo a las parejas homosexuales que convivían more uxorio sin poder contraer legalmente matrimonio, en tanto circunscribe a los «cónyuges» la aplicación del régimen regulado para el «Grupo II», por su eventual contradicción con los artículos 14 y 31.1 de la Constitución Española .

#### **LA SALA ACUERDA:**

Plantear al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad del artículo 20.2, letra a), de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones , cuando se trata de aplicarlo a las parejas homosexuales que convivían more uxorio sin poder contraer legalmente matrimonio, en tanto circunscribe a los «cónyuges» la aplicación del régimen regulado para el «Grupo II», por su eventual contradicción con los artículos 14 y 31.1 de la Constitución Española .

Expídase testimonio de la presente resolución, de los autos del recurso de casación, así como de los de la instancia, que se elevarán al Tribunal Constitucional conforme a lo previsto en el artículo 36 de su Ley Orgánica.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados

D. Rafael Fernández Montalvo D. Manuel Vicente Garzón Herrero

D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco D. José Antonio Montero Fernández

D. Manuel Martín Timón D. Juan Gonzalo Martínez Micó

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.