

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**11641** *Sala Segunda. Sentencia 68/1991, de 8 de abril. Recurso de amparo 1.121/1988. Contra Acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Pamplona, denegatorios de pensión de orfandad, así como contra Sentencia del Tribunal Supremo, revocatoria de otra anterior de la Audiencia Territorial de Pamplona, que anuló los acuerdos impugnados. Vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley: Voto particular.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Rubio Llorente, Presidente; don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Alvaro Rodríguez Bereijo y don José Gabaldón López, Magistrados, ha pronunciado

### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.121/88, interpuesto por doña Angeles María Isabel Muruzábal Iñarrea, representada por el Procurador de los Tribunales don Angel Deleito Villa, luego sustituido por su compañero don Jorge Deleito García, asistida del Letrado don Pablo Navarro Benito, contra los Acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Pamplona, denegatorios de la pensión de orfandad solicitada por la actora, así como la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1988. Han sido parte el Abogado del Estado, en representación de la Administración Pública, y el Ayuntamiento de Pamplona, representado por el Procurador don José Manuel de Dorremocha Aramburu, bajo la dirección del Letrado don Juan Sáez Lecrercq, así como el Ministerio Fiscal; siendo Ponente el Magistrado don Francisco Rubio Llorente, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 16 de junio de 1988 se registró en este Tribunal un escrito mediante el cual don Angel Deleito Villa, Procurador de los Tribunales, interpuso recurso de amparo constitucional en nombre y representación de doña Angeles María Isabel Muruzábal Iñarrea, diciendo impugnar los Acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Pamplona, denegatorios de la pensión de orfandad solicitada por la actora, así como la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de fecha 24 de marzo de 1988.

2. Los hechos que se exponen en la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) Mediante escrito de 5 de febrero de 1982 solicitó la hoy demandante del Ayuntamiento de Pamplona que se le reconociera la pensión de orfandad a la que creyó tener derecho por causa de haber trabajado su madre como empleada del citado Ayuntamiento y haber sido, en calidad de tal, pensionista de la Sociedad de Socorros Mutuos de Empleados Municipales de Pamplona.

b) Con fecha 20 de octubre de 1982, la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Pamplona acordó denegar la anterior solicitud, en atención a que doña María Angeles Muruzábal Iñarrea «no reúne los requisitos de falta de empleo o de incapacidad laboral».

Aduce, al respecto, la actora que dicha denegación supuso un apartamiento de lo resuelto por el Ayuntamiento de Pamplona en casos anteriores e iguales al propio, ya que la condición invocada para la denegación («falta de empleo o incapacidad laboral») jamás habría sido exigida a estos efectos, toda vez que, según lo dispuesto en el art. 8 del «Nuevo Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos de Empleados Municipales de la Ciudad de Pamplona» (texto que la parte no adjunta a su demanda), tendrían derecho a la pensión de orfandad los hijos e hijas legítimos del socio fallecido y, en particular, las hijas «sea cualquiera su edad hasta que contrajeran matrimonio o profesen en religión».

c) Contra el Acuerdo, antes citado, de 20 de octubre de 1982, interpuso la actora recurso de reposición, que fue desestimado mediante nuevo Acuerdo, de fecha 9 de diciembre de 1982.

Interesa reseñar, a los efectos de la demanda, la motivación que se expuso en el apartado 2.º de este nuevo Acuerdo por la citada Comisión Municipal Permanente:

El art. 8.2 del Reglamento del Montepío Municipal debe interpretarse de conformidad con el art. 14 de la Constitución, que establece el principio de igualdad ante la Ley sin prevalencia de discriminación por razón de sexo, discriminación que se produciría en perjuicio del varón, en caso de concederse pensión de orfandad a quien, siendo mujer soltera en situación de empleo, dispone de suficientes medios de subsistencia.

d) Frente a los anteriores Acuerdos, interpuso quien hoy demanda recurso de alzada, que fue desestimado por el Tribunal Administrativo Delegado de la Diputación Foral de Navarra, de fecha 2 de febrero de 1984.

e) Concluida así la vía administrativa, interpuso la señora Muruzábal Iñarrea recurso contencioso-administrativo, del que conoció la Sala correspondiente de la Audiencia Territorial de Pamplona. Con fecha 15 de junio de 1985 recayó Sentencia estimatoria de su pretensión, en la que se anulaban los Acuerdos impugnados y se declaró el derecho de la demandante a percibir la pensión de orfandad que en su día solicitara.

Importa reseñar que, en el considerando 3.º de esta Sentencia, constató la Sala «que el art. 8 del Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos de Empleados Municipales de la Comunidad de Pamplona establece en su numeral 2.º el derecho a disfrutar pensión de orfandad, que será vitalicio, a los hijos e hijas legítimos o legitimados del socio fallecido, cesando este derecho para los varones al cumplir los veinticinco años, o antes en el caso de contraer matrimonio u obtener destino en dependencia pública o particular o terminen alguna carrera, profesión u oficio, mientras que las hijas percibirán la pensión sea cualquiera su edad, salvo que contraigan matrimonio o profesen religión». Apreciando la Sala que, en el caso, no concurrían ninguna de estas dos últimas situaciones, consideró ajustada a Derecho la pretensión de la actora.

f) La anterior Sentencia fue recurrida en apelación por el Ayuntamiento de Pamplona y por la Diputación Foral de Navarra.

La representación de quien hoy demanda se personó en el recurso de apelación mediante escrito de 25 de noviembre de 1987, registrado de entrada en el Tribunal Supremo el día 29 de diciembre. En dicho escrito de la parte se interesó, además, con cita del art. 100.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se dictara Auto declarando indebidamente admitida la apelación, ya que el art. 94 de la misma Ley procesal excluye de tal recurso a las Sentencias dictadas por las Salas de las Audiencias Territoriales que «se refieran a cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública o de particulares, con excepción de los casos de separación de empleados públicos inamovibles». Observa la parte en su demanda, a este respecto, que, personada su representación en la Secretaría de Sala el día 11 de marzo de 1988 (de 1987, se dice por error) para interesarse por el estado de la tramitación del recurso, se le hizo saber que «precisamente para ese día se había señalado la votación y fallo del mismo», observando entonces la parte que aún no se había proveído a lo interesado en su escrito de personación, antes citado.

Con fecha 22 de marzo se le notificó a la representación de la apelada, hoy demandante, providencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo del día 10 del mismo mes, que se adjunta a la presente demanda de amparo.

g) Con fecha 24 de marzo de 1988 dictó Sentencia la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, estimando los recursos de apelación interpuestos por el Ayuntamiento de Pamplona y por la Comunidad Foral de Navarra, y revocando, por consiguiente, la Sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Pamplona.

3. La fundamentación en Derecho de la demanda de amparo es, en síntesis, la siguiente:

a) Invoca, en primer lugar, la actora el principio constitucional de igualdad (art. 14), aduciendo haberse convertido en la única huérfana de empleado municipal del excelentísimo Ayuntamiento de Pamplona, no casada ni profesora en religión, que no percibe la correspondiente pensión,

todo ello sin que se haya producido cambio normativo alguno en el «Nuevo Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos de Empleados Municipales de la Ciudad de Pamplona» que pudiera justificar la denegación administrativa de la pensión en cuestión. Se añade, junto a ello, la consideración de que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo apoyó su fallo en una norma de Ley (Ley 30/1984) posterior al hecho causante de la pensión, y a que la madre de la actora falleció el 1 de febrero de 1982, lo que supondría una «aplicación retroactiva de una disposición claramente restrictiva de derechos individuales, conculcando así la garantía constitucional recogida en el art. 9.3 de la Constitución».

b) Se aduce, asimismo, que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo menoscabó el derecho de la actora que se reconoce en el art. 24.1 de la Constitución, ya que «no se trámite el incidente ni se pronunció la Sentencia, como procedía, sobre la inadmisibilidad antes de entrar a resolver el fondo del asunto», reiterando ahora la parte de la inviabilidad, según la Ley procesal, del recurso de apelación, inviabilidad que habría sido expresamente declarada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona en un Auto de 11 de junio de 1987, recaído -de dice- en un «caso idéntico».

En ningún caso -concluye la actora- puede perjudicarle el hecho de que el escrito de personación (presentado al tener conocimiento de que en el procedimiento 593/86, citado, de la Audiencia de Pamplona, sobre pensión de otra huérfana, no se había admitido el recurso de apelación como ya se ha dicho) no hubiese proveído hasta transcurridos tres meses desde su presentación.

Se solicita se dicte Sentencia por la que, otorgándose el amparo impetrado, se declare la nulidad de los Acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Pamplona, de 20 de octubre y de 9 de diciembre de 1982, realizándose la misma declaración respecto de la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1988, y reconociéndose el derecho de la actora al percibo de la pensión de orfandad y a obtener un pronunciamiento a su alegato sobre la admisibilidad del recurso de apelación y, consecuentemente, la falta de jurisdicción de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo para conocer del recurso de apelación interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona.

Mediante otrosí se interesa la práctica de prueba «sobre si es cierto o no que mi mandante ha sido la primera huérfana de empleado municipal del Ayuntamiento de Pamplona a la que, sin haber contraído matrimonio ni profesado en religión, se le ha negado la pensión de orfandad, así como el tenor literal de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona, de fecha 15 de mayo de 1987, dictada en el recurso 593/89 y del Auto de 11 de junio de 1987».

4. El 7 de noviembre de dictó providencia poniendo de manifiesto a la demandante y al Ministerio Fiscal la posible concurrencia de la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 50.1, a), en relación con el 44.1, a), de la LOTC; por no haberse agotado la vía judicial previa y, después de haberse presentado los respectivos escritos de alegaciones, se acordó, por providencia de 16 de enero de 1989, admitir el recurso a trámite y reclamar las actuaciones judiciales. Una vez que fueron éstas recibidas se dictó providencia de 26 de junio, por la que tuvo por comparecidos al Abogado del Estado y al Ayuntamiento de Pamplona, representado por el Procurador don José Manuel de Dorremocha Aramburu, y se concedió a todas las partes plazo común de veinte días para que formularán las alegaciones pertinentes.

5. La demandante de amparo solicitó Sentencia en los términos interesados en su escrito de demanda, alegando en su fundamento razones que, en esencia, son reproducción de las ya expuestas en dicho escrito de demanda.

6. El Ayuntamiento de Pamplona suplicó la desestimación íntegra del recurso de amparo con apoyo en los siguientes razonamientos:

La demandante de amparo denuncia en primer término a presunta violación del art. 14 de la Constitución, precepto supuestamente lesionado por el hecho, según se afirma de adverso, de ser dicha demandante la única huérfana de empleado municipal no casada ni profesada en religión que no percibe pensión de orfandad, y ello en virtud de los Acuerdos municipales adoptados por mi representado en sesiones de su Comisión Municipal Permanente de 20 de octubre y 9 de diciembre de 1982, confirmados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo mediante Sentencia de fecha 24 de marzo de 1988; Acuerdos municipales que ciertamente se ha de reconocer supusieron un cambio de criterio administrativo en la interpretación del precepto contenido en el art. 8 del «Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos de Empleados Municipales de la ciudad de Pamplona». Por tanto la cuestión a resolver en el presente recurso radica en determinar si dicho cambio de criterio es inmotivado o con motivación irrazonable o arbitraria, dado que según tiene declarado de forma reiterada ese Tribunal Constitucional, entre otras SSTC 63/1984 y 78/1984, el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley protegido por el art. 14 de la Constitución significa que un mismo órgano administrativo o judicial no puede modificar el sentido de las decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos a no ser que se aparten conscientemente de él,

ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio o, en ausencia de tal motivación expresa, resulte patente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio por desprenderse así de las propias resoluciones administrativas o judiciales, o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por dichas resoluciones.

A tal respecto es de señalar que el cambio de criterio operado precisamente a partir de los Acuerdos municipales objeto de impugnación encuentra su plena justificación en la interpretación conjunta de los apartados 2 y 3 del art. 8 del Reglamento del Montepío Municipal antes citado, atendiendo a la finalidad y función asistencial de las pensiones de orfandad y a la vista del propio principio de igualdad consagrado en los arts. 9, 2 y 14 de la Constitución, que impide la concesión de tales pensiones a las huérfanas solteras mayores de edad que disfrutaban, bien por su trabajo personal como en el caso de la recurrente, la Sra. Muruzábal, o por otras circunstancias, de medios suficientes de subsistencia.

En este sentido basta observar que si la recurrente, en lugar de mujer fuera varón en el que concurrieran sus mismas circunstancias personales (huérfano mayor de edad que desempeña un trabajo remunerado por cuenta ajena) no tendría derecho ninguno al percibo de la pensión de orfandad pretendida, lo que evidencia que la única causa para establecer un tratamiento diferente entre los huérfanos y huérfanas es exclusivamente el sexo. Todo lo cual lleva a afirmar, en último término, que, conforme a lo establecido en la disposición derogatoria tercera de la Constitución, el precepto reglamentario constantemente aludido ha quedado afectado por inconstitucionalidad sobrevenida y por consiguiente se ha producido la pérdida de su vigencia, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, para regular situaciones futuras; es decir, tal precepto ha quedado derogado en el aspecto aquí sostenido.

Por otra parte, el hecho de que hasta el año 1982 la Corporación municipal haya venido interpretando el art. 8 del Reglamento del Montepío en el sentido de reconocer el derecho a pensión a toda huérfana que no estuviera casada o profesara religión, con independencia de que gozara o no de medios suficientes de subsistencia, no puede suponer una falta y permanente vinculación, dado que la teoría de vinculación de la Administración con sus propios actos exige que la actuación anterior esté ajustada a Derecho, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, por lo que no es posible perpetuar en base a ese criterio interpretativo una actuación ilegal contraria a los principios constitucionales, según declara la STC 73/1988.

Por todo lo expuesto, en modo alguno puede estimarse que los Acuerdos municipales de 20 de octubre y 9 de diciembre de 1982 impugnados, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de marzo de 1988, vulneren el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, habida cuenta que el cambio de criterio administrativo operado se fundamenta en una motivación suficiente y razonable en los términos sucintamente expuestos; siendo de advertir, por otra parte, que dicho nuevo criterio ha sido el sostenido de forma constante en ulteriores pronunciamientos ante supuestos similares de empleo de la huérfana solicitante de pensión (o incluso de aptitud o capacidad para el trabajo), de forma que la Sra. Muruzábal no es la única huérfana de empleado municipal no casada ni profesada en religión que percibe pensión, sino tan sólo la primera a la que le fue denegada la misma por tal causa. Al respecto puedan citarse los Acuerdos municipales de fechas 2 de noviembre de 1983; 4 de marzo, 10 de marzo, 14 de marzo, 13 de junio, 24 de junio, 30 de junio y 9 de agosto de 1986; 30 de marzo de 1987, y 9 de septiembre de 1988, que se acreditan mediante el certificado del señor Secretario general del Ayuntamiento de Pamplona, que se acompaña.

Criterio que, a mayor abundamiento, en cuanto ha sido declarado conforme a Derecho por el Tribunal Supremo debe prevalecer en todo caso sobre el contrario anterior que no ha obtenido la fuerza que genera la sanción de los Tribunales, que son los competentes para realizar la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria.

En la demanda de amparo se suscita igualmente una segunda cuestión, referida a la presunta infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución y producida supuestamente por Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1988, en cuanto que, según la demandante, no resuelve la petición de inadmisión del recurso de apelación que la misma resuelve en el fondo.

En relación a dicho precepto, este Tribunal Constitucional tiene declarado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface primordialmente mediante una Sentencia de fondo, que resuelva las cuestiones o presiones controvertidas en el proceso y que se encuentre jurídicamente fundada, de forma que las partes puedan tener conocimiento de las razones determinantes de la decisión.

En atención a la doctrina expuesta, es de advertir que si bien en el fallo de la referida Sentencia de 24 de marzo de 1988 se omite un pronunciamiento expreso sobre la inadmisibilidad planteada por la recurrente, cabe considerar no obstante su desestimación tácita al resolverse la cuestión de fondo y ponerse de manifiesto por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en el texto de la Sentencia, el motivo de rechazo de tal pretensión. Efectivamente, en el fundamento de Derecho

primero se expone que «el problema planteado en el proceso que nos ocupa gira alrededor de la vigencia e interpretación del precepto contenido en el artículo 8 del Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos de Empleados Municipales de Pamplona...» no pudiéndose olvidar, frente a la pretendida inadmisibilidad de la apelación el criterio mantenido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de que siempre que lo que esté cuestionado sea la propia norma reglamentaria que sirva de fundamento a la resolución recurrida y, por tanto, haya de modo directo o indirecto un ataque a la norma reglamentaria se está ante supuestos de impugnación de reglamentos. En tales casos la excepción a la apelación determinada por tratarse temas de personal, entre los que se incluye los relativos a las clases pasivas, cede en virtud de una interpretación amplia y flexible y finalista del art. 94.2, b), de la Ley de la Jurisdicción, y así lo mantiene la S.T.S. de 20 de abril de 1987, R.A. 4.578, cuando afirma que: «la razón de ser de la excepción es la de abrir la apelación cuando se trata de la depuración del ordenamiento jurídico; el tema de la validez de las normas tiene una importancia trascendental y esto es lo que justifica el acceso de la cuestión al Tribunal Supremo».

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo viene proclamando la apelabilidad de las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales cuando, a pesar de referirse a temas de personal, se discuten o cuestionan otros aspectos que trascienden a lo que debe entenderse por pura cuestión de personal (S.T.S. de 22 de abril de 1987).

Por último, y respecto a lo afirmado en la demanda sobre el criterio sustentado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona, en Auto de 11 de junio de 1987, sobre no admisión del recurso de apelación, es obvio que el mismo no puede prevalecer sobre el adoptado por un órgano jerárquicamente superior como es el Tribunal Supremo, e incluso por la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo al admitir a trámite la apelación resuelta por la Sentencia ahora impugnada por la contraparte.

7. El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso de amparo, alegando en su fundamento la siguiente argumentación:

El recurso se formula contra los Acuerdos del Ayuntamiento de Pamplona que denegaron a la recurrente la pensión de orfandad que solicitó y contra la Sentencia del T.S. que, en apelación, revocó la dictada por la Audiencia de Pamplona que había declarado no conforme a Derecho los referidos acuerdos. En el primer caso se aduce vulneración del derecho de igualdad, y en el segundo, del derecho a la tutela judicial, solicitándose la nulidad de los actos recurridos -acuerdos y Sentencia- y el reconocimiento del derecho a la actora a la pensión de orfandad, así como el que le asistía a obtener un pronunciamiento sobre su alegación de inadmisibilidad del recurso de apelación planteado ante el T.S.

Es claro que las peticiones finales que formula tienen que ser distintas según el acto o actos recurridos. La nulidad del acuerdo municipal denegatorio será consecuencia de apreciar la desigualdad invocada y, necesariamente, llevará consigo la de la Sentencia del T.S. que lo declaró conforme a Derecho. La de esta Sentencia sólo comportará que el Alto Tribunal tendrá que pronunciarse sobre una pretensión que se le planteó, sin que en principio afecte al acto administrativo entonces recurrido. Una elemental razón de lo que pudiera llamarse *iter procesal* determina examinar en primer lugar la infracción que se atribuye a la actuación judicial, pues, de apreciarla y declarar la nulidad de su resolución, no podría estimarse agotada la vía judicial (art. 43.1 de la LOTC, *in fine*), con lo que el recurso frente a los Acuerdos municipales no sería tramitable.

En anterior informe sobre inadmisión sostuvo en este punto que no se había agotado los recursos ordinarios o existentes dentro de la jurisdicción ordinaria, ya que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional, el recurso de revisión, pese a su carácter excepcional, ha de usarse previamente cuando el defecto constitucional que se denuncia la LJCA, en este caso, es precisamente alguno de los supuestos que de modo expreso contempla el ap. 1, g), del art. 102.

En estos momentos se reitera esa anterior consideración y se añade que, cualquiera que sea el punto de vista que se adopte respecto de la misma, la objeción que ahora se formula carece de toda consistencia. En efecto, lo que no se puede recurrir en sede constitucional los actos que previamente se han consentido, pues, entre otras razones, se trata de actos contra los que no se ha hecho uso de ningún medio impugnatorio de los que la ley contempla.

En este caso se trata de que, conforme al art. 94 de la LJCA, no era apelable la Sentencia pronunciada por la Audiencia. Pues bien, la parte recurrente consintió en todo momento la tramitación adoptada por la Sala, que fue el procedimiento contencioso-administrativo ordinario, sin rebelarse de ningún modo. Ni indicó, al interponer el recurso, que el procedimiento habría de ser el especial de personal, ni formuló ningún reparo cuando se le dio traslado del expediente administrativo, que, de haber sido el especial, se le hubiese puesto de manifiesto solamente (art. 114.2), ni hizo ninguna indicación al respecto cuando formalizó la demanda, ni, después, al dársele traslado para conclusiones (inexistentes en el especial de personal), ni, en fin, hizo protesta alguna cuando por la Sala de Instancia se le notificó la interposición y admisión de la apelación emplazándolo para ante el T.S. Es decir, que si en todo

momento consintió en que el procedimiento seguido fuera el ordinario y no el especial de personal en que no existe apelación como ahora aduce, no puede venir a esta sede alegando un defecto procesal -admisión de una apelación inexistente- al que anuda una violación constitucional que nunca antes denunció.

Pero es que hay más. El art. 100.2 de la LJCA permite a la parte apelada que en su escrito de personación ante el tribunal *ad quem* haga constar la inadmisibilidad del recurso, dando lugar al breve incidente que el mismo precepto regula. Y en ese caso la parte apelada no se personó, o más cabalmente, se personó extemporáneamente y sin posibilidad procesal, como se le vino a decir, de ninguna actuación. Con fecha 27 de junio de 1985 se le notificó a su procurador la interposición del recurso de apelación y se le emplazó para que en el plazo de treinta días se personara ante el T.S. (Sala Cuarta). Pues bien, no se personó hasta dos años y medio más tarde mediante el escrito que conocemos, en el que planteó el incidente de inadmisibilidad del recurso, fechado el 25 de noviembre de 1987, y que no se presentó en el Registro General del T.S. hasta el 29 del mes siguiente. Entonces la tramitación del recurso de apelación, personadas las partes apelantes, había sido agotada, y por providencia de 17 de diciembre de 1987 acordado señalar día para fallo «cuando por turno correspondiera». La personación tardía en apelación no impide tener por parte al apelado, pero no permite retrotraer el procedimiento (art. 843, de la L.E.C., de aplicación subsidiaria al procedimiento contencioso-administrativo). Por tanto, en el supuesto de que la allí apelada pudiera válidamente discutir la admisión de la apelación objetando lo antes consentido, lo hizo cuando ya había precluido tal posibilidad, y la providencia del T.S. que así lo declaró, que tuvo que haber sido recurrida en suplica [art. 92, a), de la LJCA] y no lo fue, no incumplió ningún precepto procesal ni incurrió evidentemente en infracción constitucional. Como tampoco, con igual evidencia, la Sentencia que se recurre, a la que ni siquiera es reprochable la omisión que ahora se alega, pues al haberse consentido la providencia anterior no podía pronunciarse sobre lo que antes había rechazado.

A los Acuerdos municipales, como se ha señalado, se les atribuye desigualdad infractora del art. 14 de la C.E. La única razón que se aduce la de que, anteriormente, todas las huérfanas de empleados municipales recibieron la pensión que a la recurrente se le denegó. La cuestión, tanto en la resolución de la Audiencia como en la del T.S., fue contemplada como de legalidad, esto es, interpretación de lo dispuesto en el Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos de Empleados Municipales de la Ciudad de Pamplona respecto de las pensiones de orfandad desde las exigencias que se derivan del principio de igualdad consagrado por el art. 14 de la Constitución, que llevó a la denegación de pensión en favor de hija huérfana, que quedó acreditado que tenía un trabajo remunerado. Como tal juicio de legalidad, sea o no discutible, no puede ser objeto de revisión en esta sede.

Ahora se alega desigualdad, pero, distinta a aquella que previno al Tribunal Supremo a revocar la Sentencia de instancia y a confirmar los acuerdos denegatorios. La desigualdad injustificada que en estos momentos se aduce es, en definitiva, que la recurrente es la única huérfana de empleado municipal de Pamplona que carece de pensión. Ignoramos si tal radical aseveración es cierta, pero lo que hasta ahora sabemos es que las pensiones existentes de orfandad a mujeres son anteriores a la denegación que aquí se recurre. El cambio de criterio, que supuso la equiparación de ambos sexos a efectos de percepción de pensiones de orfandad, está sin duda determinado por el principio de igualdad sentado por la Constitución que trajo consigo una modificación de la legislación de clases pasivas que puso término a una normativa de especial y ahora injustificada protección a la mujer. Todo ello está razonado en la Sentencia del Tribunal Supremo. La alegada desigualdad podría encontrarse si coetáneamente o con posterioridad se hubiera reconocido pensión a huérfana que se encontrase en la misma situación que la recurrente, pero esto es algo que no está acreditado y que ni siquiera se ha alegado.

8. El Abogado del Estado suplicó la denegación del amparo en base a las razones siguientes:

El amparo es de los usualmente denominados mixtos, pues la vulneración del art. 14 C.E. se encuadra en el art. 43 LOTC y la del art. 24.1 C.E. en el art. 44 LOTC, al imputarse la primera a un órgano administrativo y la segunda a un órgano judicial. Comenzaremos por examinar esta última.

El art. 100.2 de la L.J.C.A. permite al apelado plantear el punto de la indebida admisión de la apelación al personarse ante el Tribunal superior. Más exactamente permite al apelado plantear esa cuestión en el escrito de personación, siempre que lo presente tempestivamente, esto es, en el plazo de los treinta días a que se refiere el art. 98 L.J.C.A. En el caso que nos ocupa, la representación de la señora Muruzábal no compareció ante el Tribunal *ad quem* dentro del plazo del art. 98 L.J.C.A., sino casi dos años y medio después de haber finado aquel plazo, cuando ya estaba concluida la tramitación de la apelación (la personación se produjo el 29 de diciembre de 1987 exactamente). Es manifiesto que el art. 24.1 C.E. no concede el derecho a plantear cualquier cuestión en el momento procesal que la parte elija a su antojo. Como reiterada-

mente ha declarado el Tribunal (SSTC 116/1986, fundamento jurídico 3.º; 4/1988, fundamento jurídico 5.º, y 215/1988, fundamento jurídico 2.º, por ejemplo), el derecho genérico del art. 24.1 C.E. es de configuración legal, lo que, entre otras consecuencias, implica que cada parte no puede desentenderse de la ordenación legal del proceso (SSTC, entre otras, 99/1985, fundamento jurídico 4.º, y 206/1987, fundamento jurídico 5.º). La invocación del art. 24.1 C.E. exige el diligente cumplimiento de los deberes procesales y la adecuada absolución de las cargas que pesen sobre cada una de las partes. Por otro lado, no cabía considerar tempestivamente planteada la indebida admisión de la apelación con arreglo al art. 100.2 L.J.C.A. y la providencia dictada el 10 de marzo de 1988 por la Sala Cuarta del T.S., que declaró no haber lugar a su examen, no violó el derecho de tutela judicial efectiva.

Por otra parte, esta providencia, que es el acto al que había de imputarse la lesión del art. 24.1 C.E., se notificó el 22 de marzo de 1978 (hecho 7.º de la demanda de amparo) y podía haber sido recurrida en súplica, de conformidad con el art. 92, a), L.J.C.A. El recurso no fue utilizado por la hoy demandante de amparo, lo que es causa de inadmisión (ahora de denegación) del amparo con arreglo al art. 50.1, a), en relación con el art. 44.1, a), ambos de la LOTC.

Por último tampoco puede entenderse que el art. 24.1 C.E. obligara a la Sala Cuarta del T.S. a pronunciarse explícitamente en la Sentencia sobre el punto planteado intempestivamente por la apelada, y más cuando había ya declarado no haber lugar a ello mediante una resolución interlocutoria (providencia de 10 de marzo de 1988) que, no recurrida en súplica por la hoy demandante de amparo, quedó firme.

Innecesario, es decir que la supuesta diferencia de criterio entre la Sala Cuarta del T.S. y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la -entonces- Audiencia Territorial de Pamplona sobre la apelabilidad de cierto tipo de asuntos no es constitucionalmente relevante. Por lo demás, y sin entrar en cuál sea la más correcta interpretación del art. 94.1, a), L.J.C.A. (cuestión ajena a la jurisdicción constitucional de amparo), dista de estar acreditada la perfecta identidad entre el caso de la demandante de amparo (proceso contencioso-administrativo de cuantía indeterminada en que se había invocado el derecho fundamental de igualdad, y que se tramitó por el procedimiento ordinario y no por el especial de la Sección 1.ª, Capítulo Cuarto, Título IV L.J.C.A.), y el fallado por Sentencia de la Audiencia de Pamplona de 15 de marzo de 1987 (recurso 593/1986), en el que no existe prueba de que se hayan dado las expresadas circunstancias.

No se ha producido, pues, la violación del art. 24.1 C.E. de que la actora se queja.

La violación del art. 14 C.E. trata de ser razonada señalando como término de comparación la situación de las demás huérfanas de empleados del Ayuntamiento de Pamplona; la señora Muruzábal «se ha convertido en la única huérfana de empleado municipal del excelentísimo Ayuntamiento de Pamplona, no casada ni profesa en religión, que no percibe la correspondiente pensión, todo ello sin que se haya producido cambio normativo alguno en el Nuevo Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos de Empleados Municipales de la Ciudad de Pamplona». Esta singularidad de la situación de la recurrente no está, por el momento, acreditada como sería necesario. Pero aun admitiendo como hipótesis que ello fuera cierto, no se habría producido infracción ninguna del art. 14 C.E.

La inconstitucional desigualdad de trato se imputa a las resoluciones dictadas por la Comisión Permanente del Ayuntamiento de Pamplona; es decir, nos halláramos ante una desigual aplicación administrativa de una norma (el Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos). Ahora bien, el Ayuntamiento de Pamplona ha pretendido aplicar el mismo criterio interpretativo utilizado en el caso de la señora Muruzábal a algún otro supuesto posterior, como la propia demanda de amparo reconoce. Lo que sucede, al parecer, es que, mientras en el caso de la señora Muruzábal el criterio administrativo fue rechazado por el Tribunal contencioso-administrativo de primera instancia y aceptado por el Tribunal de apelación, en el otro supuesto la Sentencia contencioso-administrativa de primera instancia (contraria al Ayuntamiento) parece haber quedado firme.

Se sigue de aquí que el resultado desigual no puede reprocharse a las resoluciones administrativas. Si el cambio de criterio municipal (negar pensiones de orfandad a quienes no estén en situación de necesidad) se produjo por vez primera en el caso de la señora Muruzábal, lo que -de nuevo- no está acreditado, ese cambio de criterio ha sido confirmado judicialmente, nada menos que por la Sala Cuarta del T.S. (art. 123.1 C.E.). Es constante jurisprudencia del Tribunal, cuyas raíces se remitan a la STC 49/1982, que «el precedente administrativo no sancionado por resolución judicial no puede prevalecer frente al que ha obtenido la fuerza que genera la sanción judicial», de manera que «el cambio de criterio administrativo carece de relevancia constitucional cuando éste es confirmado por los tribunales» (STC 62/1987, fundamento jurídico 5.º; 175/1987, fundamento jurídico 1.º; 73/1988, fundamento jurídico 4.º, entre otras).

Frente a ello, no puede aducirse que la Sala territorial de lo Contencioso-Administrativo haya dictado alguna Sentencia que discorda de la pronunciada por la Sala Cuarta del T.S. La demandante de amparo aduce una sola Sentencia de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo de Pamplona de fecha anterior a la de la Sala Cuarta, pero esta discordancia entre Sentencias de órganos jurisdiccionales distintos no lesiona el derecho de igualdad según reiteradísima jurisprudencia constitucional de innecesaria cita; y sobre todo, el respaldo otorgado al criterio administrativo por el Tribunal Supremo de prevalecer sobre las decisiones contrarias del Tribunal territorial de fecha anterior (e incluso posterior, si las hubiese). En cualquier caso, es de subrayar que la recurrente no se queja de una aplicación judicial de Ley que lesione su derecho de igualdad, sino que refiere la supuesta lesión a las resoluciones administrativas confirmadas por el T.S.

Carece de toda trascendencia constitucional la crítica hecha a la argumentación de la Sentencia de la Sala Cuarta de 24 de marzo de 1988 («aplicación retroactiva» de la Ley 30/1984). Ni se razona que se produzca por ello lesión específica de algún derecho protegible en amparo, ni la Sala Cuarta cita la Ley 30/1984 más que como corroboración o ejemplo de las «nuevas circunstancias sociológicas» que abonan la opción hermenéutica escogida por el Tribunal Supremo y asentada en la «realidad social» del tiempo de aplicación (art. 3.1 C.C.).

9. El 13 de noviembre de 1989 se dictó Auto denegando la práctica de las pruebas solicitadas por la recurrente, y el 15 de octubre de 1990 se dictó providencia en la que se tuvo por sustituido al Procurador demandante, fallecido, por el Procurador don Jorge Deleito García. Por providencia de 15 de octubre de 1990 se señaló el día 10 de diciembre siguiente para deliberación y votación del recurso, quedando concluida el día de la fecha.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo de interpone contra una Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que, revocando la apelada, confirma Acuerdos del Ayuntamiento de Pamplona por los que se deniega a la aquí actora la pensión de orfandad que había solicitado como hija de empleada fallecida de dicho Ayuntamiento.

En la demanda de amparo se alegan las tres vulneraciones de derechos fundamentales siguientes: 1.ª) Del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, garantizado por el art. 14 de la Constitución, que se imputa a los actos municipales confirmados por la Sentencia recurrida, por haber denegado la pensión con apoyo en una aplicación de la norma municipal, que contradice la que venía hasta entonces manteniendo, hasta el punto de que convierte a la solicitante de amparo en la única huérfana de empleado del Ayuntamiento, no casada, ni profesa en religión, a la que se deniega dicha pensión; 2.ª) Del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, no aducida expresamente, pero implícitamente contenida en la demanda, que se imputa a la misma Sentencia, por no haber estimado la alegación de apelación indebida, en contradicción con lo decidido por la Audiencia de Pamplona en un caso idéntico, y 3.ª) Del derecho a la tutela judicial, reconocido en el art. 24.1 de la Constitución que se reprocha a la Sentencia recurrida por no haber resuelto expresamente la alegación de apelación indebida formulada por la demandante de amparo.

De la anterior delimitación del ámbito objetivo de este recurso de amparo se desprende que nos encontramos ante un supuesto de amparo mixto, dirigido conjuntamente contra actos administrativos y resoluciones judiciales, respectivamente subsumible en los arts. 43 y 44 de la LOTC, que nos plantea problemas de distinta naturaleza que requieren ser resueltos con la debida separación.

2. Comenzaremos por examinar el motivo de impugnación referido a la improcedencia de que el Tribunal Supremo conociese la apelación interpuesta contra la Sentencia de instancia, por ser un recurso no permitido por la Ley que la recurrente vincula a la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 C.E., y al principio de igualdad en la aplicación de la ley del art. 14.1 C.E.

En reiterada doctrina constitucional, declarada en las SSTC 116/1986, 4/1988 y 215/1988, entre otras, hemos dicho que el derecho genérico del citado art. 24.1 es de configuración legal, lo que implica que las partes que intervienen en un proceso no pueden desentenderse de su ordenación legal, estando obligadas a cumplir con diligencia los deberes procesales que pesan sobre ellas, formulando sus peticiones en los trámites y plazos que la ley establezca.

En el presente caso se interpuso apelación por el Ayuntamiento de Pamplona y por la Comunidad Foral de Navarra, siendo seguida por sus trámites hasta que, una vez cumplidos éstos, se dictó providencia de 17 de diciembre de 1987 en la que se dejó el proceso pendiente de fallo, acordando que se señalase día cuando por turno correspondiese.

La demandante de amparo no se personó dentro del plazo de treinta días establecido en el art. 98 de la L.J.C.A., sino que lo hizo casi dos años y medio después de haber finalizado, el 29 de diciembre de 1987, cuando ya había sido concluida la tramitación.

En su escrito de personación alegó admisión indebida de apelación, pidiendo que se diese traslado de la alegación a la parte apelante por término de tres días y se dictase Auto declarando indebidamente admitida la apelación, a lo cual se providenció teniéndola por personada, sin que hubiere lugar a lo pedido.

Esta última providencia de 10 de marzo de 1988 fue aceptada por la demandante de amparo, pues no presentó contra ella el recurso de súplica que previene el art. 92 a) de la L.J.C.A. y tal circunstancia dispensaba al Tribunal Supremo de pronunciarse sobre dicha cuestión procesal, puesto que ya lo había hecho en resolución interlocutoria que, por haber adquirido firmeza, decidía definitivamente tal cuestión.

No ha existido, por lo tanto, la incongruencia omisiva que denuncia la demandante, sino pronunciamiento expreso, previo a la Sentencia cuyo sentido denegatorio no fue más que consecuencia de una personación intempestiva de la propia demandante que dispuso al órgano judicial de reiterar en su Sentencia nuevas consideraciones que resultaban totalmente innecesarias e incluso, improcedentes. Queda así su denuncia constitucional carente de fundamento del que pudiera derivarse una real vulneración del derecho a la tutela judicial.

3. En relación con la segunda vulneración aducida, estrechamente ligada con la anterior, debemos, en primer término, señalar que en la demanda no se reprocha que la Sentencia recurrida haya incurrido en violación del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, sino que se limita a alegar, en las consideraciones jurídicas que dedica a la vulneración del derecho a la tutela judicial, que el Tribunal Supremo no ha declarado inadmisibles la apelación, siendo que la Audiencia de Pamplona ha mantenido la postura contraria, respecto a Sentencia dictada en proceso en el que se discutía sobre la misma materia de pensión de huérfanos de empleados del Ayuntamiento de Pamplona.

Esa falta de singularización en que incurre la demanda de amparo no impide que, en méritos a la interpretación permisiva y no formalista que debe siempre realizarse en beneficio de la mayor protección posible de los derechos fundamentales, este Tribunal aprecie que esa alegación de discordancia entre la Sentencia recurrida y la decisión de la Audiencia que se aporta como término de comparación constituye una denuncia de vulneración de la igualdad en la aplicación de la Ley que merece el correspondiente análisis y resolución.

El principio de igualdad en la aplicación judicial de la Ley exige que un mismo órgano judicial no modifique de manera arbitraria, su interpretación de las normas jurídicas pero no impone que órganos distintos estén obligados a mantener interpretaciones coincidentes, puesto que lo contrario sería negar independencia en la función jurisdiccional a cada uno de los Jueces y Tribunales que encarnan el poder judicial.

Por ello, es constitucionalmente irrelevante, desde la perspectiva de la igualdad ante la Ley, que se produzca discrepancia entre el Tribunal Supremo y una Audiencia Territorial sobre la apelabilidad de Sentencias, que se afirma —erróneamente, como veremos más adelante— haber recaído en procesos idénticos, aparte de que, en último término, de ser relevante tal discrepancia, el criterio del Tribunal Supremo, por su superior jerarquía orgánico-procesal habría de prevalecer sobre la decisión del Tribunal Territorial.

Pero es que además, según dejamos apuntado, los supuestos traídos a comparación por la demandante de amparo, aunque puedan ser materialmente iguales, no lo son desde el punto de vista formal, que es el decisivo cuando, como en el caso presente, se comparan resoluciones de naturaleza procesal. Esta diferencia formal, que se origina justamente en la opción libremente tomada por la autora de acudir ante la Audiencia Territorial, hace imposible ahora establecer la comparación que nos propone.

4. Por último nos queda por examinar el fundamento principal de la demanda de amparo que es el de la infracción, en contra de la recurrente, del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, garantizado en el art. 14 de nuestra Constitución, que se imputa a los actos municipales confirmados por la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. La norma municipal, cuya aplicación discriminatoria por parte del Ayuntamiento denuncia la demandante es el núm. 2 del art. 8 del «Nuevo Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos de Empleados Municipales de la Ciudad de Pamplona», de 1943, en el que se reconoce a hijos e hijas legítimos o legitimados del socio fallecido el derecho a disfrutar de pensión de orfandad, derecho que cesará para los varones al cumplir los veinticinco años, o antes en el caso de contraer matrimonio u obtener destino en dependencia pública o particular, o terminar alguna carrera, profesión u oficio, mientras que las hijas percibirán la pensión, sea cualquiera su edad, salvo que contraigan matrimonio o profesen en religión.

Esta norma venía siendo aplicada por el Ayuntamiento a las huérfanas en sus términos literales, sin tomar en consideración su suficiencia económica o su capacidad para el trabajo, modificándose tal criterio interpretativo, por primera vez, ante la solicitud de pensión de la demandante, a la cual se le deniega por no reunir los requisitos de falta de empleo o de incapacidad laboral y estimarse que la pensión tiene una finalidad asistencial y que de concederse se quebraría el principio de igualdad del art. 14 C.E. en relación con los huérfanos varones.

Si la infracción del mencionado principio se argumentara sólo con la afirmación de que la recurrente sería la única huérfana de un socio fallecido de la «Sociedad de Socorros Mutuos de Empleados Municipales de la Ciudad de Pamplona» que se ve privada de pensión por el hecho de contar con ingresos propios procedentes del trabajo, la queja

podría ser fácilmente desechada. Como sostienen tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal, abundando en las razones expuestas por el propio Ayuntamiento de Pamplona, el cambio de criterio en la interpretación y aplicación del art. 8 del «Nuevo Reglamento» de la Sociedad antes mencionada ha sido razonado y coincide con el mantenido en casos posteriores por la misma Administración, con independencia de que estas resoluciones posteriores haya sido anuladas por sentencias firmes de la Audiencia Territorial de Pamplona.

Ese argumento no es, sin embargo, el único, ni siquiera el principal de los que se nos ofrecen para afirmar la existencia de una violación del principio de igualdad en contra de la recurrente y fundamentan su petición de amparo. Lo que la demanda reprocha a los actos administrativos y consecuentemente a la Sentencia judicial que los confirman es que se le niegue la pensión a que según el citado «Nuevo Reglamento» tenía derecho, sin que la negativa se fundamente en cambio normativo alguno sino en el carácter discriminatorio de la norma (el art. 8 del mencionado Reglamento).

Que éste ha sido efectivamente el fundamento de las resoluciones administrativas es cosa que evidencia tanto el tenor de las mismas, como el contenido del alegato que ante nosotros ha presentado la representación del Ayuntamiento de Pamplona. En cuanto que esas resoluciones, anuladas por la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona, que fue a su vez revocada por la del Tribunal Supremo, son el acto al que se imputa la lesión, ellas han de ser también el centro de nuestro análisis.

En su sentido originario, del principio de igualdad se ha derivado, en la tradición constitucional europea, un derecho de los ciudadanos a la igualdad ante la Ley, es decir, un derecho a que ésta sea aplicada a todos por igual, sin acepción de personas, o lo que es lo mismo, sin tener en cuenta otros criterios de diferenciación, entre las personas o entre las situaciones, que los contenidos en la misma Ley. Por eso, como tantas veces se ha repetido, el principio de igualdad se identificaba en la práctica con el de legalidad, puesto que cualquier aplicación desigualitaria de la Ley era una violación de la Ley misma. Sólo al término de una evolución secular y ya en nuestro siglo, se ha derivado del principio de igualdad también un derecho frente al legislador (o más generalmente, frente al autor de la norma) cuyas decisiones pueden así ser anuladas por la jurisdicción competente cuando establezcan distinciones basadas en criterios específicamente prohibidos (raza, sexo, etc.), o que no guarden una razonable conexión con la finalidad propia de la norma. Este nuevo significado del principio de igualdad no implica, sin embargo, la eliminación del anterior; no lo sustituye, sino que lo amplía, extendiendo el deber que de él dimana a todos los poderes del Estado y no sólo a los encargados de aplicar las normas. Por eso no cabe en modo alguno negar el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley so pretexto de asegurar, en favor de otros posibles sujetos, el derecho a la igualdad en la Ley, es decir, el derecho frente al autor de la norma. Esto es, sin embargo, lo que han pretendido hacer las resoluciones administrativas, que por ello deben ser anuladas.

Es, desde luego, cuando menos probable, a la luz de la doctrina que ya hemos sentido «sobre la discriminación por razones de sexo en el derecho a la pensión» (SSTC 103/1983; 104/1983; 144/1989; 142/1990 y 158/1990) que el art. 8 del «Nuevo Reglamento» haya de considerarse, en su formulación actual, incompatible con las exigencias que derivan de la Constitución. De esa doctrina no puede extraerse, sin embargo, otra consecuencia que la de que no puede denegarse, con apoyo en la norma discriminatoria, un derecho que ésta concedería si no lo fuera. El razonamiento inverso, implícito en las resoluciones que analizamos, no sólo es lógicamente insostenible (se afirma que la norma es discriminatoria porque excluye del disfrute del derecho a una clase que debería incluir, puesto que está excluida sólo por razón de sexo, pero a continuación se niega el derecho de la recurrente, para equipararla así con la clase discriminada) y paradójico (se niega el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, para asegurar precisamente el principio de igualdad), sino que llevaría, de ser generalizada rigurosamente, a negar el derecho a la pensión de todas las huérfanas (y viudas) a las que les fue concedida al amparo de una norma que las privilegiaba. No es dudoso que el legislador (o, más en general, el titular en cada caso del poder nomotético), al modificar el derecho vigente para acomodarlo a las exigencias del principio de igualdad, puede endurecer las condiciones hoy requeridas para acceder al goce de un derecho, de manera que, en cierto sentido, se empeore la situación de quienes hoy se ven beneficiados por la norma discriminatoria. Mientras ésta exista, sin embargo, el encargado de aplicarla no puede privar a nadie del derecho que ésta le otorga, aunque pueda eventualmente reconocerlo también a quienes, según el tenor literal de la misma, no lo tendrían, inaplicando las cláusulas que de modo explícito o implícito, establecen la discriminación, pues ésta consiste sustancialmente, para el discriminado en la privación o limitación de un derecho, no en su otorgamiento. Por todo ello, la demanda de amparo debe ser estimada.

Al hacerlo así no invadimos, en modo alguno, el ámbito que la Constitución y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa reservan a la competencia propia de los Tribunales de este orden para controlar la legalidad de la actuación administrativa, pues no es un control de legalidad, sino de constitucionalidad del acto

el que el Tribunal Supremo lleva a cabo en esa Sentencia. La referencia a la Ley 30/1984 que en ella se hace no puede tener otro sentido, como el Abogado del Estado indica, que el de un razonamiento *ad abundantiam*. Ni esa Ley era aplicable al caso por ser muy anterior a su entrada en vigor la producción del hecho causante de la pensión solicitada y denegada, ni el Ayuntamiento de Pamplona, efectivamente, la invocó en ningún momento como apoyo de su decisión. Esta, y sobre todo, de manera palmaria, la Sentencia que la confirma, se basan en la aplicación directa del principio de igualdad y más en concreto en la norma que, dentro del mismo art. 14 C.E., proscribiera toda discriminación fundada en el sexo, una norma cuya interpretación está encomendada, en último término, a nuestra jurisdicción.

#### FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Angeles María Isabel Muruzábal Iñarrea y, en consecuencia:

- 1.º Reconocer el derecho de la recurrente a la igualdad ante la Ley.
- 2.º Declarar la nulidad de las resoluciones del Ayuntamiento de Pamplona de 20 de octubre y 9 de diciembre de 1982, y por ende de la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1988 que las confirma.

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

Dada en Madrid, a ocho de abril de mil novecientos noventa y uno.—Francisco Rubio Llorente.—Eugenio Díaz Eimil.—Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer.—José Luis de los Mozos y de los Mozos.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—José Gabaldón López.—Firmados y rubricados.

*Voto particular discrepante que formulan los Magistrados don Alvaro Rodríguez Bereijo y don Eugenio Díaz Eimil a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1.121/88*

Disentimos del parecer mayoritario expresado por nuestros compañeros de la Sala en el fundamento jurídico 4.º de la Sentencia, referente al siempre difícil y controvertido juicio constitucional de igualdad y, consiguientemente, del fallo a que conduce.

Lo que aquí se plantea es si la aplicación conforme a la Constitución de una norma preconstitucional (el art. 8, párrafos 2.º y 3.º, del «Nuevo Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos de Empleados Municipales de la Ciudad de Pamplona» de 1943) por virtud de unas resoluciones administrativas (Acuerdos del Ayuntamiento de Pamplona de 23 de octubre y de 13 de diciembre de 1982) confirmadas por la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, para realizar en el caso el principio de igualdad sin discriminaciones por razón de sexo, ha vulnerado o no el principio de igualdad ante la Ley del art. 14 C.E.

No se discute en los razonamientos de nuestra Sentencia la finalidad de las resoluciones impugnadas: Evitar la discriminación que se produciría, en perjuicio del varón, en caso de concederse la pensión de orfandad a quien, siendo mujer soltera y con empleo, dispone de medios económicos suficientes para su subsistencia. Pero se afirma, como premisa fundamental en que descansa todo el razonamiento, que «no puede negarse el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley para asegurar, precisamente, el principio de igualdad».

Ciertamente esta paradoja de la igualdad (trato desigual ante la Ley para realizar la igualdad material real y efectiva) es la que se produce siempre en materia de cargas y deberes (tributarios o de prestaciones sociales, por ejemplo) en que entra en juego de modo preferente la justicia distributiva. En estos casos el principio constitucional de igualdad contiene un mandato de desigualdad o de diferenciación. Es precisa la desigualdad formal para lograr la igualdad real. Lo que nos conduce, inevitablemente, al criterio de la razonabilidad y de la proporcionalidad de la diferenciación.

Por tanto, afirmada aquella premisa, sería preciso entonces, en nuestra opinión, plantearse la cuestión de si esa desigualdad ante la Ley introducida en la norma aplicada por las resoluciones administrativas y

la Sentencia impugnadas está desprovista de una justificación objetiva y razonable en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada y si se da, en el caso presente, la adecuada y razonable relación de proporcionalidad entre el cambio aplicativo de la norma operado y la finalidad con él perseguida. Dejamos ahora al margen la cuestión de legalidad ordinaria de la técnica utilizada por el Ayuntamiento de Pamplona de la vía interpretativa de la norma *secundum constitutionem* en lugar de su modificación directa y que las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia de Pamplona critican atinadamente.

Así las cosas, la respuesta desde esta perspectiva constitucional debería ser afirmativa por las razones expuestas por las resoluciones administrativas y la judicial aquí impugnadas para justificar la decisión denegatoria de la pensión, en esencia; la no concurrencia en el caso de insuficiencia de medios económicos o falta de empleo, atendida la finalidad asistencial que cumple la pensión de orfandad y el tratamiento igualitario que debe darse a todos los huérfanos de empleados municipales, sean varones o mujeres. Por ello no ha existido lesión en el principio de igualdad del art. 14 C.E., pues el cambio interpretativo operado y la desigualdad en la aplicación de la Ley con él causada a la recurrente en amparo no es arbitraria por responder a una decisión singularizada de carácter subjetivo que se haya aplicado únicamente a la recurrente, sino, por el contrario, es una solución genérica justificada y razonable conforme a los principios de la Constitución y a la interpretación según la realidad social del tiempo en que se aplica la norma (que es, conviene recordarlo, anterior a la Constitución), y conforme también con la tendencia a que responde la legislación estatal posterior a la Constitución (Ley 30/1984, de 2 de agosto) de limitar las llamadas prestaciones sociales «derivadas» a aquellas situaciones de insuficiencia económica.

Pero no ha sido éste, sin embargo, el camino seguido en la Sentencia de cuyo razonamiento en este punto discrepamos, sino que, admitido que la norma en cuestión reconoce a hijos e hijas legítimos o legitimados del socio fallecido el derecho a disfrutar de pensión de orfandad, es discriminatoria por razón de sexo en contra de los varones, sin embargo se afirma que de ahí no puede extraerse otra consecuencia que: «da de que no puede denegarse con apoyo en la norma discriminatoria un derecho que ésta concedería si no lo fuera».

Pero es que, en nuestra opinión, no hay tal. Porque si la norma no fuera discriminatoria no concedería a la mujer huérfana que dispusiera de empleo o de medios económicos suficientes para su subsistencia el derecho a la prestación de orfandad, pues tampoco se lo concede al varón que se encuentre en esas mismas circunstancias.

La Sentencia no hace, a nuestro juicio, una lectura correcta del razonamiento implícito en las resoluciones administrativas impugnadas cuando dice que «se afirma que la norma es discriminatoria porque excluye del disfrute del derecho a una clase que debería incluir, puesto que está excluida sólo por razón de sexo».

Pero, en lo que nosotros hemos entendido, esto no es así exactamente. Lo que viene a decir implícitamente la norma por virtud de la resolución interpretativa del Ayuntamiento es que el mismo criterio de la suficiencia de medios económicos o disponer de un trabajo remunerado que originariamente ha venido rigiendo como criterio de exclusión de la prestación social sólo para los hombre huérfanos, después de la Constitución y por aplicación directa de ella y de conformidad con la doctrina de este Tribunal Constitucional, ha de extenderse como limitación también a las mujeres huérfanas, dada la naturaleza y finalidad asistencial que cumple la citada prestación social de orfandad creada en el Reglamento de 1943. Y también debe ser así por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional que ha afirmado que «la protección de la mujer no es por sí sola razón suficiente para justificar la diferencia de trato con el hombre (STC 81/1982) sin que quepa admitir un trato favorable de la mujer frente al hombre cuando se basa «en una valoración proteccionista de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual y que no está demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva» (STC 38/1986). Y en esta línea el Tribunal Constitucional en numerosas Sentencias ha venido reconociendo la vulneración del principio de igualdad del art. 14 C.E. en supuestos de trato discriminatorio para el hombre frente a la mujer en materia de pensiones de viudedad (vid. SSTC 103/1983; 104/1983; 42/1984; 253/1988; 144/1989; 142/1990, y 158/1990).

Madrid, a nueve de abril de mil novecientos noventa y uno.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—Eugenio Díaz Eimil.—Firmados y rubricados.