

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 58/2018 de 25  
Ene. 2018, Rec. 2401/2016**

**Ponente: Castro Fernández, Luis Fernando de.**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**PLENO**

**Sentencia núm. 58/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D<sup>a</sup>. María Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

En Madrid, a 25 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), ambas representadas y asistidas por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 20 de abril de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), en recurso de suplicación nº 2843/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de octubre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Jaén, en autos núm. 679/2014, seguidos a instancias de D.<sup>a</sup> Manuela contra las ahora recurrentes.

Ha comparecido como parte recurrida D.<sup>a</sup> Manuela representada por el procurador D. Antonio Luis Roncero Contreras y asistida por el letrado D. Juan Pablo Mola García-Galán.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de octubre de 2015 el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Jaén dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- Doña Manuela, vecina de Baeza (Jaén), DNI.NUM001, nacida el 00.00.00, solicitó pensión de viudedad por el fallecimiento de D. Antonio, (nacido el 00.00.00) ocurrido el 00 de 00 de 00.

SEGUNDO.- Por resolución de fecha 12.09.2014 el Instituto Nacional de la Seguridad Social denegó la pensión de viudedad solicitada por la demandante, por el motivo de no haberse constituido formalmente como pareja de hecho con el fallecido al menos dos años antes del fallecimiento, de acuerdo con el art.174.3 LGSS.

TERCERO.- Disconforme con la anterior resolución, la demandante interpuso reclamación administrativa previa el 8.10.14, que fue desestimada por nueva resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 10.10.14.

CUARTO.- El día 18.05.1974 doña Manuela y don Antonio celebraron matrimonio conforme a los usos y costumbres gitanos.

Al menos en los quince años anteriores al fallecimiento de don Antonio, la actora y el citado convivían en la localidad de Baeza en la calle CALLE001.

QUINTO.- No consta inscripción de doña Manuela y don Antonio como pareja de hecho.

SEXTO.- Doña Manuela y don Antonio tuvieron cinco hijos.

En las inscripciones de nacimiento de los citados hijos, tanto doña Manuela, como don Antonio aparecen como "solteros".

En la inscripción correspondiente al hijo Alfredo, se recoge dentro del apartado observaciones:

"D. Antonio y D<sup>a</sup> Manuela reconocen al inscrito como hijo natural declarando formalmente y bajo su responsabilidad que al tiempo de la concepción del mismo tenían capacidad legal para contraer matrimonio con dispensa o sin ella".

En la inscripción correspondiente a la hija Carolina, se recoge: "Matrimonio de los padres: no existe" y dentro del apartado observaciones: "La inscrita Carolina es hija extramatrimonial de Antonio y Manuela y en este acto ambos lo manifiestan, firmando la presente."

En la inscripción correspondiente a la hija Sara, se recoge: "Matrimonio de los padres: no existe" y dentro del apartado observaciones: "Los declarantes reconocen en este acto a la inscrita como hija suya".

En el libro de familia del que son titulares don Antonio y doña Manuela ambos figuran como "solteros".».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Desestimar la demanda promovida por doña Manuela y absolver al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social de las pretensiones deducidas en su contra.».

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D.<sup>a</sup> Manuela ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), la cual dictó sentencia en fecha 20 de abril de 2016, en la que consta el siguiente fallo:

«Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por Manuela contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Jaén en fecha 13 de octubre de 2015, en autos seguidos a instancia de aquella en reclamación sobre Seguridad Social contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y declaramos el derecho de la actora al percibo de la pensión de viudedad en cuantía legal y desde la fecha reglamentaria, y condenamos al INSS a su abono, con acogimiento de la demanda.»

**TERCERO.-** Por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el recurrente propone como sentencia de contraste, la

dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de marzo de 2013, (rollo 4657/2010).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 30 de enero de 2017 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

**QUINTO.-** Por motivos de organización y servicio se acordó, mediante providencia de 23 de octubre de 2017 suspender el señalamiento inicialmente fijado para el 15 de noviembre de 2017.

**SEXTO.-** Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose nuevamente para la votación y fallo el 12 de diciembre de 2017, acordando los componentes de la Sala, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, de conformidad con el art. 197 LOPJ, el debate del asunto por el Pleno, realizándose nuevo señalamiento para votación y fallo el día 17 de enero de 2018, fecha en que tuvo lugar. En dicho acto, la Magistrada Ponente señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández..

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- Tal como se ha indicado en los «antecedentes», la STSJ Andalucía/Granada 20/Abril/2016, acogió el recurso de suplicación interpuesto [nº 2843/15] contra la sentencia dictada en 13/10/2015 por el J/S nº 4 de los de Jaén [autos 679/14] y declaró el derecho de la demandante D<sup>a</sup> Manuela al percibo de pensión de viudedad.

La decisión hace una aplicación extensiva de la STEDH 08/12/09 [asunto Muñoz Díaz], para concluir argumentando que «de denegar la pensión se podría producir una discriminación por razones étnicas y culturales», habida cuenta de que «existía Libro de Familia, lo que evidencia ... una intención frente a los organismos públicos de ser entendidos como tal, la pareja ha convivido en el municipio en el mismo domicilio y hasta el momento de la muerte y siendo considerados como matrimonio gitano al menos durante 15 años... han tenido 5 hijos en común y no puede entenderse que de mala fe se fingieran como matrimonio gitano en su entorno familiar y social durante tanto tiempo para en su momento futuro cobrar una eventual pensión...».

Y los hechos probados que tal decisión enjuicia son: a) unión por el rito gitano en 1974; b) convivencia en el mismo domicilio hasta la fallecimiento del varón en 00/00/14; c) cinco hijos en común, en cuya inscripción en el Registro Civil figuran los padres como «solteros» o que el matrimonio de los padres «no existe», y los hijos -según los casos- como «naturales» o «extramatrimoniales»; d) en el Libro de Familia constan los progenitores como «solteros»; y e) la demandante y el fallecido no figuran inscritos como «pareja de hecho» en ningún Registro público.

2.- En su recurso de casación unificadora, el INSS denuncia la aplicación indebida del art. 174.3 LGSS y se aporta como decisión de contraste la STSJ Galicia 27/03/13 [rec. 4657/10], que rechaza pensión reclamada por viuda unida al fallecido -también- por el rito gitano, con convivencia ininterrumpida de 24 años, dos hijos en común y con Libro de Familia, pese a lo cual se rechaza la pretensión, aplicando la doctrina jurisprudencial -y constitucional- en orden a la esencialidad del requisito de figurar la pareja inscrita en el correspondiente Registro y a la inaplicabilidad del criterio expuesto por la referida STEDH 08/12/09 [asunto Muñoz Díaz], en tanto que la constancia de ambos progenitores como «solteros» en el Libro de Familia, excluía las bases de la resolución del Tribunal de Estrasburgo, de reconocimiento oficial -siquiera limitado- como matrimonio y de buena fe en la razonable creencia de gozar expectativa de derecho en orden a la pensión de viudedad.

3.- Los relatos precedentes -de la decisión recurrida y de la referencial- ponen de manifiesto que en el presente supuesto media la contradicción que como requisito de admisibilidad de recurso establece el art. 219 LJS, en tanto que la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos opuestos respecto de -como vimos- hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 10/10/17 -rcud 1507/15-; 10/10/17 -rcud 3684/15-; y 17/10/17 -rcud 2541/15-). Sólo con altas dosis de voluntarismo -como se hace en el escrito de impugnación del recurso- puede negarse la concurrencia del requisito.

4.- La resolución de la litis impone el examen de nuestra jurisprudencia -ratificada por el Tribunal Constitucional- en torno a la exigencia de que tratamos, así como una somera al supuesto enjuiciado y consiguiente doctrina sentada por la referida decisión, para finalmente poner una y otra en relación al singular caso ahora debatido.

**SEGUNDO.-** 1.- Señalemos, en primer lugar, que los criterios de esta Sala en orden al requisito de que tratamos no solamente ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en muy recientes decisiones [SSTC 40/2014, de 11/marzo; 45/2014, de 7/Abril; y 60/2014, de 5/Mayo], sino que en ellas ha llegado a reproducir literalmente algunas de nuestras afirmaciones, que en orden a la inscripción registral o documentación notarial de la pareja de hechos, bien pudieran ser las siguientes afirmaciones [SSTS 20/07/10 -rcud 3715/09-; 03/05/11 -rcud 2897/10-; ... SG 22/09/14 -rcud 2563/10-; SG 22/09/14 -rcud 1958/12-; SG 22/10/14 -rcud 1025/12-; ... 23/02/16 -rcud 3271/14-; 02/03/16 -rcud 3356/14-; 11/05/16 -rcud 2585/14-; 01/06/16 -rcud 207/15-; 08/11/16 -rcud 3469/14-; y 07/12/16 -rcud 3765/14-]:

A).- «La solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo [la existencia de la «pareja de hecho»], tal como pudiera deducirse de la confusa redacción del precepto, sino que los dos mandatos legales van referidos ... a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal -*ad solemnitatem*- de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante [en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio]».

B).- «O lo que es igual, la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho - pensión- únicamente corresponde a las "parejas de derecho" y no a las genuinas "parejas de hecho"».

C).- «... la norma de cuya interpretación se trata [art. 174.3 LGSS] no ofrece la claridad que es siempre deseable en cualquier disposición legal, pero ese innegable defecto de técnica legislativa no puede justificar ... que se arrumbe el mandato de la Ley y se sustituya la expresa voluntad del legislador, construyendo una nueva norma cuyos mandatos se consideren -o incluso pudieran ser- más coherentes y/o adecuados a la realidad social y a la finalidad protectora de la Seguridad Social». Y en todo caso, «[l]os términos con que la norma se expresa al referirse a la prueba de los simultáneos requisitos ..., utilizando expresiones innegablemente imperativas para cada uno de ellos ... muestran bien a las claras que el legislador quiso establecer una cerrada prueba para -cuando menos- la «constitución» de la pareja estable como tal, dotándola -el propósito es claro- de la «oficialidad» que suponen la inscripción en el Registro específico o el otorgamiento de escritura pública con la misma finalidad constitutiva. Si el criterio del legislador hubiese sido otro, el de admitir una prueba abierta, la redacción hubiera sido muy diferente y similar a la utilizada en algunas CCAA... ».

D).- El Libro de Familia «es en verdad un documento público que certifica el "matrimonio", y la filiación [tanto matrimonial, como "no matrimonial", como adoptiva], pero que no acredita la existencia de pareja de hecho, función "totalmente ajena" a la "finalidad" del Registro Civil, en

cuyo norma reglamentaria se contiene, como acabamos de decir, la regulación de dicho documento» .

E).- Finalmente, también parece oportuno destacar «... que el carácter constitutivo de la inscripción en el correspondiente Registro también se mantiene con inequívoca claridad en muchas de la legislaciones autonómicas sobre las parejas estables: así, en Islas Baleares, el art. 1.2 de la Ley 18/2001, de 19/Diciembre; en Galicia, la DA Tercera de la Ley 2/2006, de 14/Junio; en País Vasco, el art. 3 de la Ley 2/2003, de 7/Mayo; en Comunidad Valenciana, el art. 3 de la Ley 5/2012, de 15/Octubre».

2.- La STEDH 08/12/09 en que se apoyan tanto la Sala de Suplicación de la recurrida como el informe del Ministerio Fiscal, contempla un supuesto previo a la Ley 40/2007 [incluye a la pareja de hecho como generadora de posibles prestaciones de viudedad], y se la atribuye a la supérstite de una unión celebrada por el rito gitano. Y de entre sus razonamientos reproducimos alguno de ellos, para evidenciar la disparidad con el caso supuesto y la inaplicabilidad de su doctrina al caso de autos:

A).- «... aunque la pertenencia a una minoría no exime de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicarlas. El TEDH ya ha tenido ocasión de subrayar en la Sentencia Buckley c. Reino Unido (25 de septiembre de 1996, Compendio 1996-IV (cierto es, en un contexto diferente) que la vulnerabilidad de la etnia gitana, por el hecho de constituir una minoría, implica prestar una especial atención a sus necesidades y a su propio modo de vida, tanto en el marco regulador válido en materia de ordenación como en el momento de la adopción de la decisión en casos particulares (ibídem §§ 76,80,84, Chapman, anteriormente citada § 96, y Connors c. Reino Unido nº 66746/01 § 84, 27 de mayo de 2004» (ap. 61).

B).- «... la convicción de la demandante en cuanto a su condición de mujer casada con todos los efectos inherentes a este estado, fue indiscutiblemente reforzada por la actitud de las autoridades, que le reconocieron la condición de esposa de ...» (ap. 62).

C).- «En consecuencia, la denegación del reconocimiento de la condición de cónyuge a la demandante al objeto de obtener una pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo por las autoridades de esta condición» (ap. 64).

D).- «El TEDH considera que el rechazo al reconocimiento del derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato respecto al trato dado, por la Ley o la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como el convencimiento de buena fe de la existencia de un matrimonio nulo (artículo 174 de la ... LGSS), o la situación examinada en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 199/2004, de 15 de noviembre...-, que concernía a la no formalización, por razones de conciencia, de un matrimonio canónico» (ap. 65).

**TERCERO-** 1.- Sostiene el Ministerio Fiscal que en el supuesto ahora enjuiciado «nos encontramos común caso en todo análogo al que es objeto de la sentencia del TEDH -ser refiere al tan citado asunto «Muñoz Díaz»- puesto que igualmente se trata de una pareja de gitanos que solemnizaron su matrimonio a través del rito propio de su etnia, tuvieron cinco hijos y su situación fue aceptada en diversos documentos oficiales como el Libro de Familia y la cartilla de la Seguridad Social, lo cual generó en la interesada la legítima expectativa de ser considerada esposa de forma oficial».

Discrepamos de este planteamiento, en primer lugar porque el núcleo central de la decisión del TEDH tiene como presupuesto la buena fe de la demandante y su comprensible confianza en los plenos efectos del «matrimonio gitano», determinada -esa confianza- por la pertenencia de la contrayente a la comunidad gitana, que en manera alguna ha cuestionado la validez del matrimonio llevado según su consuetudinario rito, y -sobre todo- por el reconocimiento de la unión como «matrimonio» en determinados documentos oficiales [«... la convicción ... fue indiscutiblemente reforzada...»]. De esta forma, el argumento básico del TEDH en la referida sentencia es la buena fe de la contrayente, que el Tribunal contrapone -«tertium comparationis»- al tratamiento favorable dado a otros supuestos por el ordenamiento jurídico y por la

jurisprudencia constitucional [matrimonios nulos y de buena fe], para señalar la existencia de diferencia de trato desproporcionada en perjuicio del supuesto debatido.

2.- Siendo esta la solución adoptada por el TEDH, se nos imponen dos consideraciones, decisivas en su traslación al presente caso: a) que la estimación de la demanda no vino determinada por atribuir eficacia jurídica alguna al «matrimonio gitano», sino porque la validez que le atribuye la comunidad romaní y el reconocimiento de la unión como «matrimonio» en determinados documentos oficiales habían generado en la contrayente comprensible buena fe que justificada el trato favorable dado por el ordenamiento jurídico a supuestos similares; b) que el Tribunal Europeo no cuestiona la afirmación contenida en la STC 69/2007 [16/Abril] -última instancia de su enjuiciamiento en España- de que el principio de igualdad que proclama el art. 14 CE (no alcanza a la llamada «discriminación por indiferenciación», al no consagrar un derecho subjetivo al trato normativo desigual (FJ 4º); y c) que la pertenencia a una «minoría étnica» no repercutía en la aplicación o en la interpretación de la normativa de que tratamos, sino tan sólo en la configuración de la buena fe.

3.- No parece dudoso que el presente caso es muy diverso al examinado por el Tribunal Europeo, aunque medien coincidencia de colectivo afectado e identidad en la prestación solicitada, pues lo aducido no es -ni podía serlo- buena fe en la creencia de eficaz vínculo matrimonial a los efectos del derecho español, porque en la documentación oficial -Libro de Familia e inscripciones de nacimiento- se hace constar expresamente su cualidad de «solteros» e hijos «extramatrimoniales». Es más, ni tan siquiera se reclama el derecho por el mismo título que en el supuesto del Tribunal Europeo, siendo así que en aquel caso se invocaba -no podía ser de otra manera, dado que el fallecimiento había sido anterior a la Ley 40/2007- la existencia de «matrimonio», y en el proceso ahora enjuiciado el título que se invoca es el de «pareja de hecho».

4.- A nuestro juicio, lo que en los presentes autos se pretende y la decisión recurrida admite no es propiamente aplicar la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, sino variar cualitativamente su contenido y alcance, al equiparar -en definitiva- la unión por el rito gitano a la inscripción registral o documentación pública de la «pareja de hecho», que exige el art. 174. 3 LGSS para tener derecho a las prestaciones de viudedad. Pero ello no es factible, porque:

a).- Con arreglo a la reiterada jurisprudencia que antes hemos citado, tal requisito -inscripción o documentación pública de la pareja de hecho- es naturaleza constitutiva, y si el legislador limitó la virtualidad constitutiva a tales medios, precisamente por la «oficialidad» que comportan, la respetabilidad atribuible a la unión por el rito gitano no justifica hacer una equiparación que la ley -siquiera de forma implícita- no consiente respecto de ningún medio probatorio.

b).- Claramente, la regulación contenida en el art. 174.3 LGSS/1994 «es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica» [hacemos nuestras las palabras de la STC 69/2007, aunque entonces fueran referidas al acceso al vínculo matrimonial, en su FJ 5].

c).- Tal como indicamos más arriba, el principio de igualdad -art. 14 CE- no consagra un derecho subjetivo al trato normativo desigual.

d).- Muy contrariamente, admitir la solución pretendida en el presente caso comportaría hacer de peor condición a quienes por razones ideológicas - tan respetables como las culturales- no se han constituido como pareja de hecho en la forma legalmente prescrita, y a los que -no infrecuentemente- les hemos negado la prestación de viudedad.

e).- En último término no cabe olvidar las múltiples minorías étnicas y culturales existentes en nuestro país, cuya posible vulnerabilidad -similar a la del colectivo gitano, en mayor o menor grado- ciertamente puede obligar a alguna interpretación normativa tendente a su protección conforme a los criterios del TEDH, pero no puede llegar al extremo de excepcionar la aplicación de la ley en los múltiples aspectos en que pudiera reflejarse su diversidad étnico-cultural [matrimonio; familia; comportamiento social...], so pena de comprometer gravemente la

seguridad jurídica y la uniformidad en la aplicación de aquella -la ley-; planteamiento éste que incluso se evidencia en las sentencias que el propio TEDH refiere el precitado asunto «Muñoz Díaz» y en las que -manteniendo una interpretación sensible hacia la protección de la minoría gitana- aunque ciertamente se exige una ponderación de los intereses en juego, de todas formas se atribuye primacía a la aplicación de la norma (así, asuntos «Coster», «Chapman» y «Buckey», todos ellos desestimatorios en materias de protección medio-ambiental y urbanismo, enfrentadas a la consuetudinaria costumbre gitana de morar en caravanas).

Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y revocada. Sin imposición de costas [art. 235.1 LJS].

## **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

2º.- Revocar la sentencia dictada por el TSJ Andalucía/Granada en fecha 20/Abril/2016 [rec. 2843/15], que a su vez había revocado la decisión que en 13/Octubre/2015 pronunciara el J/S núm. 4 de los de Jaén [autos 679/14]., y por la que se había rechazado la prestación de viudedad reclamada por D<sup>a</sup> MANUELA.

3º.- Resolver el debate suscitado en Suplicación desestimando el de tal clase formulado por la representación de la referida actora y confirmando la sentencia desestimatoria de su demanda.

Lo que se acuerda sin la imposición de costas en ninguna de la dos instancias.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesús Gullón Rodríguez

D<sup>a</sup> María Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol

D<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

**Voto particular que formula la Magistrada Excma. Sra. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Lourdes Arastey Sahún a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2401/2016, al que se adhiere la Magistrada Excma. Sra. D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga**

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación unificadora número 2401/2016 para sostener la posición que

mantuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto discrepo de los razonamientos y el fallo de la mayoría de la Sala a dicha solución y entiendo que, en todo caso, el recurso debió ser desestimado.

La postura que sostengo se fundamenta en mi discrepancia con la solución alcanzada por la Sala en atención a las siguientes consideraciones jurídicas:

**PRIMERO.-** 1. Partiendo de la concurrencia de la contradicción, que comparto plenamente, se trata de determinar si asistía a la demandante inicial el derecho a lucrar pensión de viudedad como pareja de hecho del fallecido, denegada en la vía administrativa por entender que no se había constituido formalmente tal pareja y reconocida, no obstante, por la sentencia recurrida.

Lo cierto es que, por vez primera, se plantea ante esta Sala cuál haya de ser el alcance que pudiera desplegar la doctrina sentada por el STEDH de 8 de diciembre 2009, Asunto Muñoz Díaz v. España, no ya en la posibilidad de equipar el rito gitano al matrimonio, sino en la consideración de las parejas unidas por "matrimonio" gitano en relación con el acceso a la prestación de viudedad.

2. Ciertamente, la señalada STEDH no admite la equiparación del matrimonio gitano a otras formas de matrimonio válidamente aceptadas por la legislación española y rechaza que la inexistencia de reconocimiento jurídico del mismo por parte de nuestro Ordenamiento pueda implicar la consagración de un trato discriminatorio prohibido por el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Tal rechazo motivó que en aquella sentencia el Tribunal de Estrasburgo se decantara por efectuar un pronunciamiento estrictamente pegado al caso, ceñido, por ello, a las particulares y específicas circunstancias del supuesto que resolvía.

Se daba además la circunstancia de que aquel supuesto se regía por la legislación anterior a la Ley 40/2007 (el fallecimiento del causante se había producido en el año 2000), en la que, por primera vez en nuestro país, se reconoció el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho. Para el caso allí examinado la única vía de obtención de la pensión se encontraba en la equiparación de la situación de la solicitante con la del matrimonio - precisamente, en aplicación de la Disp. Ad. 3ª de la Ley 40/2007, se le reconoció posteriormente a la allí demandante, la pensión reclamada-. Por ello el núcleo de la decisión estaba allí en la afirmación de un reconocimiento de la situación matrimonial por parte de las autoridades públicas españolas, extraída de determinados elementos fácticos.

Precisamente, en el ATS/4ª de 12 julio 2017 (rcud. 3503/2016) hemos sostenido que no concurría identidad suficiente entre el supuesto de la STEDH del asunto Muñoz Díaz v. España con el de quien, en la misma circunstancia de unión por rito gitano, se declara a sí misma como pareja -y no como esposa-, negando la contradicción al aportarse como sentencia de contraste, precisamente, la indicada STEDH en un supuesto en que, como el presente, el debate se hallaba en torno a la acreditación de la situación de pareja de hecho.

El supuesto ahora enjuiciado no presenta las características que fueron tenidas en cuenta en su día por la citada STEDH del caso *Muñoz Díaz*, puesto que allí se partía del reconocimiento previo por las autoridades españolas de la relación entre la demandante y el fallecido, circunstancias que aquí no concurre ya que ninguno de los datos que aparecen reflejados en el relato de hechos probados de la sentencia puede servir para extraer esa conclusión.

Por tanto, lo que ahora se suscita es la posibilidad de acceso a la pensión de viudedad como pareja de hecho por parte de quien ha estado unida al causante por virtud de aquel rito gitano y la interpretación que deba hacerse de lo dispuesto en el art. 174.3 LGSS aplicable al caso, según el cual la existencia de la pareja de hecho se acredita con la «inscripción en alguno de los registros específicos existentes en la comunidades autónomas o ayuntamiento del lugar de residencia».



3. Como recuerda la sentencia de la mayoría, es doctrina ya reiterada de esta Sala IV del Tribunal Supremo la que sostiene que, para el acceso a la pensión de viudedad del miembro superviviente de la pareja de hecho, la norma establece «la exigencia de dos simultáneos requisitos: a) la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años; y b) la publicidad de la situación de convivencia *more uxorio*, imponiendo -con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento- la inscripción en el registro de parejas de hecho (en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia) o la constancia de su constitución como tal pareja en documento público» (STS/4ª/Pleno de 22 septiembre 2014, rcud. 1958/2012). Por ello, hemos concluido que «la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho "registradas" cuando menos dos años antes ... y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las parejas de derecho y no a las genuinas parejas de hecho» (por todas, STS/4ª de 7 diciembre 2016, rcud. 3765/2014).

Dado que en el presente caso no se suscitan dudas sobre la concurrencia del requisito de la convivencia, es la falta de la inscripción de la pareja en alguno de los registros establecidos al efecto o la constancia de su constitución en documento público la que, en mi opinión, debe ser contemplada de forma particular.

**SEGUNDO.-1.** Mi planteamiento al Pleno de la Sala implicaba analizar si la interpretación que venimos expresando hasta ahora puede comportar un trato peyorativo a la aquí demandante, como integrante de un concreto grupo étnico.

Es evidente que no estamos ante un supuesto de discriminación directa, puesto que lo que se predica respecto de la oficialización de la pareja de hecho no exige requisitos que expliciten una traba para las personas de cultura gitana. Ahora bien, sostuve que convenía preguntarse si, pese a esa neutralidad de la regla, ese colectivo puede verse particularmente afectado debido a las características de sus tradiciones, de suerte que se nos presente la ocasión de identificar situaciones de discriminación indirecta (art. 2.1 b) Directiva 2000/43).

Como ha señalado el TEDH, en determinadas circunstancias, la ausencia de un trato diferencial para corregir una desigualdad, sin justificación objetiva y razonable, puede suponer la violación del principio de no discriminación (STEDH de 13 noviembre 2007, Asunto *D.H. y otros v. República Checa*).

2. Como expresión de uno de los principios generales del Derecho de la Unión Europea, reconocido en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, incluye la Seguridad Social en su ámbito de aplicación (art. 3.1 e).

Por consiguiente, también en este tipo de reclamación resulta necesario llevar a cabo una interpretación que se acomode al respeto a los principios de no discriminación que rigen ese marco jurídico. Ello se desprende, tanto de los arts. 9.2, 10.2 -en relación al art. 14 CEDH - y 14 de la Constitución, como de la citada Directiva.

3. El TEDH ha señalado que, como resultado de su historia turbulenta y su constante desarraigo, los gitanos se han convertido en una minoría especialmente desfavorecida y vulnerable. Por lo tanto, necesitan una protección especial. Esa posición vulnerable significa que debe prestarse especial atención a sus necesidades y a su estilo de vida diferente, tanto en el marco normativo pertinente como al llegar a decisiones en casos concretos (STEDH de 27 mayo 2004, *Connors v. Reino Unido*; y 9 enero 2013, *Horváth y Kiss v. Hungría*).

En el ámbito de la Unión Europea, e interpretando la inclusión del pueblo gitano en el ámbito de protección de la Directiva, la STJUE de 16 julio 2015 (*CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14) señala que «el concepto de origen étnico, que proviene de la idea de que los grupos sociales se

identifican en especial por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, de lengua, de origen cultural y tradicional y de entorno de vida, se aplica a la comunidad gitana» -con cita de las STEDH de 6 julio 2005, *Natchova y otros v. Bulgaria*, 22 diciembre 2009, *Sejdić y Finčić v. Bosnia-Herzegovina*-.

4. Ciertamente, partiendo del fuerte arraigo de sus tradiciones y de la sólida estructuración de la comunidad gitana, intensamente ligada a la familia y al parentesco, cabe afirmar que, a partir de la unión de la pareja mediante el rito propio de su cultura -y acreditada indubitadamente la convivencia permanente desde ese momento hasta el fallecimiento del causante-, ninguna duda cabe que los convivientes gitanos sostienen la convicción de que su relación de pareja se desarrolla como si de un matrimonio se tratara, con independencia de la ineficacia jurídica de aquel rito.

Por ello, exigir en estos casos que la existencia de la pareja de hecho se acredite por la inscripción del registro de parejas se torna claramente redundante y, por ende, innecesaria, en la medida en que para la pareja gitana la aceptación de la llamada "ley gitana" les convierte, a su entender y al del resto de la comunidad en la que desarrollan su vida, en una unidad matrimonial no cuestionada como tal y, si cabe, con más fuerza,

De ahí que, mientras que la regla del art. 174.3 LGSS tiende a constatar la verdadera existencia de la pareja de hecho y sea lógico y justificado el establecimiento del requisito, la especial realidad fáctica de este grupo étnico ofrece mayores garantías de que esa situación de pareja existe mientras perdura la convivencia entre sus dos componentes, superando en estos casos el test necesario de satisfacción de la finalidad buscada por dicha norma.

En estos supuestos la exigencia del registro o del documento público se convierte en un requisito meramente formal -ya no constitutivo como señala la sentencia de la mayoría-; que, además, resulta enervante porque no sirve sino para redundar la constatación de una situación ya indubitada gracias a las especificidades de las tradiciones y usos del grupo cultural y étnico gitano. Si la finalidad de la norma está claramente cubierta, carece de justificación mantener su exigibilidad respecto de un colectivo en el que concurren las particularidades expuestas, cuando de tal formalismo puede derivarse un perjuicio que ahonde en la vulnerabilidad en la que históricamente se ha situado al grupo.

Es ahí, cuando menos, cabría plantear la vía del examen de la acomodación de la interpretación de la norma nacional a la luz de la Directiva y, en último caso, formular la duda ante el Tribunal de Justicia de la Unión.

5. Es obvio que no cabe afirmar -ni generalizar- la inaplicabilidad de la norma a los ciudadanos gitanos, pero la interpretación conforme al respeto a las minorías étnicas sí permite flexibilizar su interpretación cuando, como aquí sucede, se den las circunstancias que permitan afirmar que el mantenimiento de la convivencia ha sido real, efectivo y con indiscutible carácter de pareja unida maritalmente.

**TERCERO.-** 1. En suma, el recurso debió ser desestimado por las razones expuestas; desestimación que también era la propuesta por el Ministerio Fiscal aunque por otros argumentos.

2. Subsidiariamente, al entender que la norma aplicable no permite la diferenciación, la Sala pudo haber abierto la reflexión sobre el alcance de la aplicación de la Directiva 2000/43 y acordado la suspensión de las actuaciones para plantear cuestión prejudicial con arreglo al art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el sentido de determinar si la exigencia del precepto legal ocasiona una desventaja no justificada para los ciudadanos de etnia gitana que cumplen con los ritos matrimoniales propios de su cultura.

En Madrid a 25 de enero de 2018

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández y el voto particular formulado por la Excmo. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún, al que se adhiere la Excmo. Sra.

Magistrada D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.