

PENSIÓN VIUDEDAD DE PAREJA UNIDA POR EL RITO GITANO: no cabe su reconocimiento por no acreditarse la existencia de la pareja de hecho, al no constar su inscripción en el registro, ni estar constituida a través de documentos público, no siendo aplicable la doctrina de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 08/12/2009 (asunto Muñoz Díaz), por no concurrir buena fe matrimonial basada en la creencia de la eficacia del vínculo contraído al no venir avalada en documentos oficiales que le hubieran dado apariencia de validez pues tanto en el libro de familia como en la inscripciones de nacimiento se hace constar la cualidad de «solteros» de los padres y la naturaleza «extramatrimonial» de los hijos, siendo muy diferente el contexto histórico y social existente en la época a que se refiere dicha sentencia, del actual.

CASACIÓN núm.: 716/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 524/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 24 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Burgos, en el recurso de suplicación núm. 741/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del

Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos, de fecha 13 de octubre de 2017, recaída en autos núm. 435/2017, seguidos a su instancia de D.^a Lorenza frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), sobre pensión de viudedad.

Ha sido parte recurrida D.^a Lorenza, representada y defendida por la letrada D.^a Laura Esgueva Soto.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Con fecha 13 de octubre de 2017 el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" PRIMERO. - Dña. Lorenza solicitó en fecha 27 de abril de 2017 prestación de viudedad por fallecimiento de D. Teófilo en fecha 28 de julio de 2009. Dicha prestación fue denegada por Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 28 de abril de 2017, entre otras causas, por no reunir el causante un período mínimo de cotización de 500 días, dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento, conforme al art. 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio en relación con el art. 7.1.b) de la Orden de 13 de febrero de 1967. Se interpuso reclamación previa el 9 de mayo de 2017, que no tuvo favorable acogida siendo denegada expresamente por resolución de 18 de mayo de 2017.

SEGUNDO. - Se solicita en este acto pensión de viudedad, siendo en caso de estimarse, la base reguladora de 41,46 euros mensuales y la fecha de efectos económicos 1 de mayo de 2017".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo:

"Que desestimando la demanda interpuesta por DÑA. Lorenza frente al INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL debo absolver a los demandados de los pedimentos de la actora".

SEGUNDO. - La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la demandante ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, la cual dictó sentencia en fecha 21 de diciembre de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por doña Lorenza contra la sentencia del juzgado de lo social número 1 de Burgos de fecha 13 de octubre de 2017, autos SSS 435/2017, en materia de viudedad, en la que han sido partes

además de la recurrente el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social, con revocación de dicha resolución, debemos condenar y condenamos al INSS y a la Tesorería General de la Seguridad Social, dentro de su respectiva responsabilidad legal, a que abonen a la recurrente pensión de viudedad con arreglo a la base reguladora de 41,46 € mensuales, en el porcentaje que reglamentariamente corresponda atendiendo a sus circunstancias, sin perjuicio de mínimos, mejoras, y revalorizaciones legales, con efectos económicos iniciales del 1 de mayo de 2017. Sin costas".

TERCERO. - Por el letrado del demandante se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el 27 de marzo de 2013, dictada en el recurso de suplicación nº 4657/2010. La parte considera que la sentencia impugnada incurre en infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 174.3 de la LGSS.

CUARTO. - Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación y alegaciones, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que se declare la procedencia del recurso.

QUINTO. - Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 24 de junio de 2020, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

1. La cuestión a resolver reside en determinar si tiene derecho a la pensión de viudedad el supérstite de una pareja que convivía maritalmente bajo el rito gitano, sin haber documentado o inscrito esa unión en los registros de pareja de hecho.

Para lo que se trata de discernir si resulta aplicable a tal efecto la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 8/12/09 (asunto Muñoz Díaz).

2. El juzgado de lo social desestima la demanda, porque el causante solo acredita una cotización de 457 días a lo largo de su vida laboral, que no alcanza el mínimo exigido de 500

días en los cinco años anteriores al fallecimiento.

La sentencia de la Sala Social del TSJ de Castilla León/Burgos de 21 de diciembre de 2017, rec. 741/217, acoge el recurso de suplicación de la demandante.

Explica que al causante le había sido reconocida una prestación de invalidez no contributiva en fecha 10 de enero de 1996; entiende que el periodo de cotización exigible debe ser anterior a esa fecha; y concluye que acredita 500 días cotizados, con el cómputo de la parte proporcional correspondiente a pagas extraordinarias.

Considera finalmente que resulta de aplicación al caso la doctrina que se desprende de la precitada STEDH, y reconoce la pensión.

3. En su recurso de casación unificadora, el INSS denuncia la aplicación indebida del art. 174.3 LGSS y aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala Social del TSJ Galicia 27/03/13, rec. 4657/2010.

El recurso no discute la existencia de cotizaciones suficientes, sino tan solo la circunstancia de que la situación de convivencia bajo el rito gitano no genera el derecho a la pensión de viudedad, y niega que pueda aplicarse en este asunto la citada STEDH.

SEGUNDO

1. Debemos resolver en primer lugar si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS, que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

Antes de continuar, debemos hacer constar que esta Sala IV ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dos asuntos muy similares al presente; en lo que se reclamaba el reconocimiento de pensión de viudedad con base en una situación de convivencia constituida bajo el rito gitano; y en los que el INSS interponía el recurso de casación unificadora con invocación de la misma sentencia de contraste.

En la STS 25/01/2018, rcud.2401/2016, del Pleno de la Sala, enjuiciamos un supuesto en el que concurrían los siguientes elementos:

- a) Unión por el rito gitano en 1974.
- b) Convivencia en el mismo domicilio hasta el fallecimiento del varón en 27/04/14.
- 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.

Con esa base estimamos la existencia de contradicción y concluimos que no era de aplicación al caso la doctrina de la citada STEDH, acogiendo el recurso del INSS y negando el derecho a la pensión de viudedad.

En la STS 16/3/2020, rcud.376/2018 , hemos apreciado por el contrario, que no concurría el presupuesto de la contradicción, pese a tratarse igualmente de una pareja unida por el rito gitano que no estaba inscrita en el registro de parejas de hecho, porque en ese asunto la convivencia como matrimonio viene constatada con una serie de documentos públicos que lo revelan, como el certificado de defunción en el que consta la condición de la fallecida como casada, así como en un certificado municipal de convivencia. Estas circunstancias, unidas a los términos en los que se planteó el recurso por la entidad gestora, nos llevan a una distinta conclusión sobre la existencia de contradicción.

Como seguidamente razonaremos, el presente asunto es del todo coincidente con el que hemos resuelto en la precitada sentencia del Pleno de esta Sala, a cuyos criterios debemos ajustarnos.

2. Los datos relevantes de la sentencia recurrida, son los siguientes:

- 1º) La demandante y el causante han convivido bajo el rito tradicional gitano, desde 24 de mayo de 1981 hasta el fallecimiento de este último el 28 de julio de 2009.
- 2º) La convivencia ha sido ininterrumpida y han tenido tres hijos en común, sin haberse inscrito en ningún momento en el registro de parejas de hecho.
- 3º) En el libro de familia aparecen como solteros, y en el certificado de defunción del causante figura como casado.

En tales circunstancias solicita la actora pensión de viudedad. En la solicitud inicial alega que se trataba de una pareja de hecho, en la reclamación previa sostiene que estaba casada con el causante por la ley gitana.

La sentencia recurrida estima la pretensión. Razona en tal sentido que resulta de aplicación al caso la doctrina de la STEDH de 8 de diciembre de 2009 (asunto Muños Díaz), por concurrir todos los elementos que en ella se exigen para el reconocimiento de la pensión de viudedad a quienes han estado unidos bajo el rito gitano.

3. En el caso de contraste:

- 1º) La demandante y el causante han convivido bajo el rito tradicional gitano, desde el año 1985 hasta el fallecimiento de este último en diciembre de 2009.
- 2º) La convivencia ha sido ininterrumpida y han tenido dos hijos en común, sin haberse inscrito en ningún momento en el registro de parejas de hecho.

3º) En el libro de familia aparecen como solteros, y en el certificado de defunción del causante figura como casado.

En tales circunstancias solicita la actora pensión de viudedad por haber estado unida al causante bajo el rito gitano. Conforme describe la sentencia referencial, sustenta su pretensión en dos alegaciones, por una parte la existencia de vínculo matrimonial, y de otra, la consideración de la convivencia como pareja de hecho.

La sentencia desestima ambas pretensiones. Razona en primer lugar que la situación como pareja de hecho no se ha inscrito en ningún registro oficial, y no cabe en consecuencia reconocer la pensión de viudedad por esta vía. Seguidamente concluye que tampoco puede calificarse como vínculo matrimonial a estos efectos la unión por el rito gitano, y razonadamente expone los motivos por los que no considera aplicable la doctrina establecida en la citada STEDH de 8 de diciembre de 2009.

4. A la vista de la sustancial igualdad entre las dos sentencias en comparación, ninguna duda cabe que concurren todos los elementos de contradicción.

La identidad de la pretensión es evidente, puesto que en ambos casos se solicita el reconocimiento de la pensión de viudedad.

Los fundamentos en los que se sustenta esa pretensión resultan asimismo coincidentes, porque en los dos supuestos se alega que la situación de convivencia entre la demandante y el causante se había formalizado bajo el rito gitano, invocando a tal efecto la doctrina de la antedicha STEDH.

Los hechos concurrentes son sustancialmente los mismos: en ambos casos se ha formalizado la convivencia bajo el rito gitano; no se ha practicado la inscripción en el registro de parejas de hecho ni se ha formalizado en documento público; la convivencia se ha prolongado ininterrumpidamente durante un largo periodo de tiempo, más de 28 años en la recurrida, y más de 24 en la de contraste, hasta el fallecimiento de ambos causantes en 2009; en los dos casos las parejas ha tenido hijos en común; coincide incluso la documentación aportada y su contenido, en el libro de familia se hace constar que son solteros, y en el certificado de defunción del causante que estaba casado.

Frente a tal identidad, las sentencias en comparación han aplicado una diferente doctrina que es necesario unificar.

TERCERO

1. Antes de continuar es necesario exponer una importante aclaración.

La STEDH conoce de un asunto en el que la situación de convivencia bajo el rito gitano se inicia en noviembre de 1971, con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de

1978; y el fallecimiento del causante tiene lugar el mes de diciembre de 2000, antes de la modificación operada en nuestro sistema de seguridad social por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que regula las condiciones, requisitos y circunstancias en las que la situación de pareja de hecho permite causar la prestación de viudedad, hasta entonces reservada exclusivamente al matrimonio.

Eso determina que la única cuestión litigiosa a la que se enfrenta esa sentencia es la de analizar si la situación de convivencia constituida bajo el rito gitano puede equipararse al matrimonio a efectos de causar la pensión de viudedad.

Nada se dice sobre las parejas de hecho, porque en aquel periodo temporal no estaba aún contemplada para el acceso a la pensión de viudedad.

2. Pero tanto en el presente asunto, como en el de la sentencia de contraste, y en los resueltos por las dos sentencias de esta Sala que hemos mencionado anteriormente, ya no solo se plantea la pretensión de equiparar la unión por el rito gitano al matrimonio, sino que también se suscita la posibilidad de otorgar a esta última situación de convivencia el mismo régimen jurídico previsto para las parejas de hecho en orden al reconocimiento de la pensión.

Ambas cuestiones vienen a entremezclarse en las alegaciones de las partes y en las diferentes respuestas judiciales, por más que acaben finalmente confluyendo en un mismo y único punto, que no es otro que el de determinar si la convivencia por el rito gitano despliega el efecto jurídico de permitir el acceso a la pensión de viudedad, ya sea con su equiparación al matrimonio, o en el reconocimiento como pareja de hecho sin necesidad de la preceptiva inscripción o formalización documental.

En definitiva, de lo que en realidad se trata, es de establecer si la unión por el rito gitano es título jurídico suficiente para acceder a la pensión de viudedad. Esa es la cuestión sobre la que debemos pronunciarnos.

Como no puede ser de otra forma, para su resolución deberemos atenernos a los criterios y doctrina que fija la STS del Pleno de 25/1/2018, rcud.2401/2016, al no existir razones que pudieren justificar una distinta solución.

CUARTO

1. El punto de partida debe ser lo dispuesto en el art. 174 LGSS, aprobado por RDL 1/1994, de aplicación al caso (actuales arts. 219 y 221 LGSS).

Contempla ese precepto dos modalidades de acceso a la pensión de viudedad, en razón de la existencia de vínculo matrimonial, o de una situación de convivencia como pareja de hecho con ciertos requisitos adicionales.

De su dicción literal debemos destacar el apartado 1, en el que se dispone que:

"Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente..."

Así como el apartado 3, en el que se señala que:

"A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante".

2. En la referida sentencia del Pleno de esta Sala de 25/1/2018, tras recordar en primer lugar los argumentos de aquella STEDH, razonamos que:

"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.

Siendo esta la solución adoptada por el TEDH, se nos imponen tres 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).

- 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.

Tras lo que concluimos que el asunto es distinto al examinado por el Tribunal Europeo, sin que pueda admitirse la concurrencia de buena fe en la creencia de la existencia de vínculo matrimonial a los efectos del derecho español, cuando en el libro de familia se hace constar la cualidad de "*solteros*", y tampoco puede equipararse 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/1994 para tener derecho a las prestaciones de viudedad.

Recordamos a tal efecto que la inscripción o documentación pública de las parejas de hecho es un requisito constitutivo absolutamente ineludible, que no puede ser sustituido por la celebración del rito tradicional gitano.

3. Como se desprende de lo que acabamos de exponer, si la convivencia bajo el rito gitano no es eficaz para acreditar la concurrencia de los requisitos exigidos para acceder a la pensión de viudedad desde la situación de pareja de hecho, menos aún puede serlo para equiparar esa situación a la del matrimonio a los efectos de reconocer a la demandante la condición de cónyuge supérstite del causante.

Lo que en definitiva decimos en aquella sentencia, es que la convivencia bajo el rito gitano no es título jurídico suficiente para el reconocimiento de la pensión de viudedad en situaciones como las que se presentan en el caso de autos.

QUINTO

1. A los argumentos que hemos reproducido en el anterior fundamento de derecho podemos añadir que la realidad histórica, jurídica, cultural y social que concurre en el caso resuelto en la STEDH, es radicalmente diferente a la existente en España en el momento actual y no cabe en modo alguno la extrapolación de esos mismos criterios.

Recordemos que el TEDH sustenta su decisión en una serie de consideraciones que giran, todas ellas, sobre la existencia de buena fe en la convicción de la demandante sobre su condición de mujer casada, que entiende avalada por la existencia de ciertos documentos públicos que interpreta como un reconocimiento oficial de esa situación.

A tal efecto destaca que "*la demandante sostiene que, ella estaba convencida de buena fe de que el matrimonio celebrado con arreglo a los rituales y tradiciones gitanos acarreaba todos los efectos propios de esta institución*", (ap. 58), a lo que luego añade la concurrencia

de una serie de datos objetivos que, a juicio del Tribunal, venían a ratificar y a dotar de buena fe esa subjetiva convicción de la demandante, en cuanto pudieren suponer el reconocimiento oficial por los organismos públicos de esa misma equiparación de la situación matrimonial.

De lo que se desprende, como así decimos en nuestra precitada sentencia del Pleno de la Sala, que la estimación de la demanda por parte del TEDH *"...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..."*.

Los propios razonamientos empleados por el TEDH evidencian las diferencias con este asunto y la inaplicabilidad de esa doctrina al caso de autos.

No es ya solo que en el presente supuesto se haga constar en el Libro de Familia que los progenitores eran solteros, lo que no apuntala por lo tanto esa posible convicción subjetiva de buena fe sobre la existencia de un matrimonio legalmente reconocido a todos los efectos, sino que la realidad social, cultural y jurídica en la que se ha desenvuelto la convivencia de la pareja no admite la menor comparación con la que se daba en el asunto resuelto por la STEDH.

2. Debe repararse a tal efecto en la especial trascendencia que la propia STEDH concede al hecho de que en aquel asunto se había iniciado la convivencia bajo el rito gitano en el año 1971, con anterioridad a la vigencia de la Constitución, y cuando en España solo era posible casarse de acuerdo con el rito del derecho canónico de la Iglesia católica, excepto previa declaración de apostasía.

Lo que lleva al Tribunal a afirmar que no se podía exigir a la demandante, *"sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, es decir, según el derecho canónico en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según el rito gitano"* (ap.57).

Argumento totalmente superado en el momento actual, tras la promulgación del texto constitucional y de toda la normativa legal que admite la celebración del matrimonio en forma civil, o por cualquiera de los ritos de las diferentes confesiones que disponen de acuerdos con el Estado a tal efecto o han obtenido el reconocimiento de notorio arraigo, respetando absolutamente de esta forma el derecho a la libertad religiosa.

En esa línea el TEDH destaca, que *"para valorar la buena fe de la demandante, el TEDH debe tomar en consideración su pertenencia a una comunidad en el seno de la cual la validez del matrimonio según sus propios ritos y tradiciones no ha sido nunca discutida ni considerado éste contrario al orden público por el Gobierno o por las autoridades nacionales, que incluso han reconocido en ciertos aspectos, la condición de esposa de la demandante. Considera que la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada"* (ap. 59).

En una consideración que obviamente no se corresponde con la actual realidad de nuestro

ordenamiento jurídico y no puede por consiguiente trasladarse en esos mismos términos al momento presente, en el que resulta evidente que en ningún caso se admite por las autoridades españolas la eficacia jurídica del rito gitano como elemento constitutivo de la existencia de matrimonio, y constituye además cuestión de orden público la configuración legal de las formas y requisitos del matrimonio, como seguidamente veremos.

Una cosa es que en nuestro actual ordenamiento jurídico no se discuta ni cuestione el legítimo derecho de la comunidad gitana a celebrar ese rito tradicional, como no puede ser de otra forma dentro del más absoluto respecto a la libertad individual, pero otra distinta es que eso suponga actualmente su aceptación como matrimonio por parte de las autoridades nacionales.

Todo lo contrario, a la par que el legislador ha venido ampliando el ámbito de protección de la familia, para hacer extensivos los mismos derechos y niveles de protección a todas las distintas posibles modalidades de unidades familiares constituidas bajo formas distintas al matrimonio, igualmente ha perseverado en la configuración legal del matrimonio como un negocio jurídico solemne, hasta el punto de limitar la existencia de la institución matrimonial a las uniones que expresamente se formalizan bajo el cumplimiento de determinados requisitos sin cuya concurrencia no cabe admitir la existencia de matrimonio, ni de los efectos jurídicos que despliega en orden al reconocimiento de la pensión de viudedad.

Sin necesidad de extendernos en mayores consideraciones, baste recordar la naturaleza jurídica *ad solemnitatem* que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a las distintas formas de matrimonio en los arts. 49 y siguientes del Código Civil, regulando de una parte los ineludibles requisitos a los que debe sujetarse el matrimonio civil, y de otra las distintas formas de matrimonio religioso conforme a lo dispuesto en su art. 60, que admite la validez del celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de *"otras formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas, así como igualmente del que se hubiere celebrado en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España"*, con el cumplimiento de los requisitos que seguidamente exige, esto es, la tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del Registro Civil y la libre manifestación del consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad.

De lo que se desprende que actualmente no es posible admitir en nuestro ordenamiento jurídico la validez como matrimonio de cualquier otra modalidad de convivencia marital que no se haya sujetado a alguna de estas diferentes formas.

Estamos de esta manera ante una realidad jurídica totalmente diferente a la que tiene en cuenta el TEDH en aquella sentencia.

3. Dicho lo anterior, a tan diferente realidad jurídica, y en gran parte derivado precisamente de ello, se añade asimismo la muy distinta realidad cultural y social bajo la que se ha

desenvuelto la convivencia de la pareja unida por el rito gitano en el caso de autos respecto a la del asunto resuelto por el TEDH, lo que impide admitir en el momento actual la existencia de una convicción de buena fe sobre la validez del vínculo matrimonial, que pueda desplegar un efecto jurídico tan intenso como el de soslayar la exigencia de los requisitos de orden público que configuran la existencia del matrimonio.

Si reparamos en los argumentos utilizados por el TEDH, es de ver que hace descansar su decisión en lo siguiente:

- a) La convicción de la demandante en cuanto a su condición de mujer casada con todos los efectos inherentes a este estado, indudablemente fue reforzada por la actitud de las autoridades, que le reconocieron la calidad de esposa de M. D., concretamente, con la entrega de varios documentos de la Seguridad Social, por ejemplo el documento de inscripción en el sistema, estableciendo su calidad de esposa y madre de familia numerosa (ap.62).
- b)"La buena fe de la demandante en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmado con el reconocimiento oficial de su situación por las autoridades, ha generado en la interesada la expectativa legítima de ser considerada esposa de M. D. y de formar una pareja casada reconocida. Tras el fallecimiento de M. D. es natural que la demandante haya alimentado la esperanza de que se le reconozca una pensión de viudedad (ap.63).
- c) En consecuencia, la denegación del reconocimiento de la calidad de cónyuge a la demandante al objeto de obtener una pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo de esta calidad por las autoridades. Esta negativa, además, no tuvo en cuenta las especificidades sociales y culturales de la demandante para apreciar su buena fe. (ap.64).
- d) El Tribunal considera que el no reconocimiento del derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato en relación 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 Núm. 199/2004, de 15 noviembre 2004 -apartado 32 supra-, que concernía a la no formalización, por razones de conciencia, de un matrimonio canónico). El Tribunal considera probado que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, esta situación constituye una diferencia de trato desproporcionado con respecto a la demandante en relación al trato reservado al matrimonio de buena fe (ap.65).
- e) A la luz de todo lo precedente y teniendo en cuenta las circunstancias específicas del presente asunto, el Tribunal considera desproporcionado que el Estado español, que emitió un Libro de Familia para la demandante y su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió, a la interesada y a sus seis hijos, asistencia

sanitaria y percibió las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quiera hoy reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad (ap. 69).

4. El TEDH atribuye una esencial relevancia al hecho de que la pareja disponía de ciertos documentos oficiales en los que las autoridades nacionales venían a reconocerles de alguna manera la condición de matrimonio, y de derechos y prerrogativas directamente vinculadas a esa situación, de lo que se desprendería la existencia de aquella convicción personal y de buena fe sobre la existencia del matrimonio en la que descansa su decisión.

Como ya hemos indicado, todos estos argumentos del TEDH se desgranán en el contexto de un supuesto especialmente singular, en el que la unión por el rito gitano se celebró en el año 1971 y el causante falleció en el año 2000, antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, cuando no existían herramientas legales para dotar de eficacia jurídica a las situaciones de parejas de hecho en orden al acceso a la pensión de viudedad.

Pero en la actual realidad jurídica, cultural y social española no cabe en modo alguno una aseveración tan categórica que permita equiparar al matrimonio la entrega por las autoridades públicas, estatales, autonómicas o locales, de ciertos documentos con los que se igualan a muchos efectos las diferentes modalidades de las unidades de convivencia que se presentan en la realidad social, para ofrecer a todos sus integrantes los mismos derechos en determinados ámbitos de atención y protección familiar, económica, sanitaria, educativa, de acceso a la vivienda, a los servicios sociales, etc..., con independencia de la efectiva constitución de un vínculo matrimonial.

Ese proceso de equiparación a muchos efectos y la consecuente entrega de la oportuna documentación, carece de virtualidad suficiente para generar en sus beneficiarios la convicción de buena fe que les permita considerarse verdaderamente unidos en matrimonio.

Bien al contrario, la frecuencia, extensión y generalización de esta clase de ayudas, derechos y beneficios, ha puesto justamente de manifiesto que su reconocimiento se extiende igualmente a las parejas de hecho que no se encuentran unidas en matrimonio, desterrando cualquier duda sobre la subjetiva convicción de buena fe de un hipotético reconocimiento del vínculo matrimonial.

De esto se desprende una circunstancia de especial trascendencia para la adecuada y correcta interpretación de la doctrina emanada de la STEDH, cual es el momento histórico y la realidad social en la que se desenvuelve la situación de convivencia en aquel asunto, muy alejada y diferente a la existente en las fechas y periodos del presente caso, cuando se trata de analizar si realmente es posible admitir una subjetiva convicción, de buena fe, sobre la validez como matrimonio a todos los efectos de la convivencia formalizada por el rito tradicional gitano.

No pueden desconocerse estos importantes elementos de juicio a la hora de aplicar correctamente la decisión del TEDH a la realidad jurídica y social actualmente existente en

España, también en lo que afecta a la comunidad gitana, que dispone de total libertad para contraer matrimonio civil o religioso, o registrar esa situación como pareja de hecho, sin que ello suponga la más mínima renuncia a mantener su forma de vida, sus ritos y tradiciones, ni pueda valorarse como un atentado a las legítimas y respetables expresiones de una cultura con tanta raigambre histórica. Nada que ver con la realidad social, histórica y legal que regía en las fechas de convivencia del asunto resuelto por el TEDH.

QUINTO

Las precedentes consideraciones, de conformidad con el Ministerio Fiscal, nos llevan a afirmar que la doctrina ajustada a derecho es la mantenida por la sentencia de contraste, lo que obliga a casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate de suplicación en el sentido de desestimar el recurso de igual clase formulado por la demandante, para confirmar la sentencia de instancia por los antedichos motivos, en cuanto deniega el derecho a la pensión de viudedad y desestima la demanda. Sin costas.

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 el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Burgos, en el recurso de suplicación núm. 741/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos, de fecha 13 de octubre de 2017, recaída en autos núm. 435/2017, seguidos a su instancia de D.^a Lorenza frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), sobre pensión de viudedad.

2º) Casar y anular dicha resolución, y resolver el debate de suplicación en el sentido de desestimar el recurso de suplicación formulado por la demandante, para confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en cuanto desestima la demanda. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.