



Roj: **STSJ AND 16532/2016** - ECLI: **ES:TSJAND:2016:16532**

Id Cendoj: **18087340012016102848**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2016**

Nº de Recurso: **2843/2015**

Nº de Resolución: **930/2016**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **FRANCISCO JOSE VILLAR DEL MORAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 16532/2016,**
STS 294/2018

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

CON SEDE EN GRANADA

SALA DE LO SOCIAL

MH

SENT. NÚM. 930/16

ILTMO.SR.D. JOSE MANUEL GONZÁLEZ VIÑAS

PRESIDENTE

ILTMO.SR.D. FRANCISCO JOSE VILLAR DEL MORAL.

ILTMA.SRA.Dª LETICIA ESTEVA RAMOS

MAGISTRADOS

En la ciudad de Granada a veinte de abril de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de Suplicación núm. **2843/15**, interpuesto por Raquel contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 DE JAÉN en fecha 13 de octubre de 2015 en Autos núm. **679/14**, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. **FRANCISCO JOSE VILLAR DEL MORAL**.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por Raquel en reclamación sobre SEGURIDAD SOCIAL contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 13 de octubre de 2015, por la que se desestimó la demanda promovida, absolviendo a las entidades demandadas de las pretensiones deducidas en su contra.

Segundo.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:



PRIMERO.- Doña Raquel , vecina de Baeza (Jaén), DNI. NUM000 , nacida el NUM001 .1959, solicitó **pensión de viudedad** por el fallecimiento de D. Ovidio , (nacido el NUM002 .1949) ocurrido el 27 de abril de 2014.

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 Raquel y don Ovidio celebraron matrimonio conforme a los usos y costumbres gitanos.

Al menos en los quince años anteriores al fallecimiento de don Ovidio , la actora y el citado convivían en la localidad de Baeza en la CALLE000 , NUM003 , NUM004 .

QUINTO.- No consta inscripción de doña Raquel y don Ovidio como pareja de hecho.

SEXTO.- Doña Raquel y don Ovidio tuvieron cinco hijos.

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

En la inscripción correspondiente al hijo Amador , se recoge dentro del apartado observaciones: "D. Ovidio y D^a Raquel 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 Marcelina , se recoge: "Matrimonio de los padres: no existe" y dentro del apartado observaciones: "La inscrita Marcelina es hija extramatrimonial de Ovidio y Raquel y en este acto ambos lo manifiestan, firmando la presente."

En la inscripción correspondiente a la hija Laura, 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 Ovidio y doña Raquel ambos figuran como "solteros".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por Raquel , recurso que posteriormente formalizó, siendo en su momento impugnado por el contrario. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que ha desestimado la demanda interpuesta por la actora al denegarle la **pensión de viudedad**, pese a reconocer que celebraron una boda por el rito gitano en 1974, se alza en suplicación, para que se revoque la sentencia y se estime la demanda, habiendo sido el recurso impugnado de contrario. Tiene por objeto su formal pretensión más que la revisión de hechos, articulando el primer motivo formalizado al amparo del artículo 193 b) de la LRJS , aunque indica el art 191 de la derogada hace años LPL , entremezclado con censura jurídica de letra c, no para que se revise el texto del ordinal, sino para que se concluya la validez del matrimonio por el rito gitano, que permita la concesión de la **pensión**, y que la magistrada, ponderando los hechos reseñados en otros ordinales de la sentencia descarta, por ausencia de buena fe, indicando por contra la parte aquí recurrente que el razonamiento es contradictorio, que es un matrimonio real celebrado con consciencia, conforme a la costumbre vigente en aquellos años, y que atenta a la lógica el que en la inscripción de defunción del causante se indique como estado civil el de "viudo", (en realidad expresa "divorciado"), siendo prácticamente analfabeta la demandante, así como el difunto, con el que convivió durante 15 años y con el que tuvo 5 hijos, sin que a estos efectos puedan primar las manifestaciones de los documentos públicos que elaboraban los funcionarios del registro, ajenos a la realidad y voluntad de la pareja. Que la costumbre en esta materia puede llegar a ser fuente de derecho, como manifiesta la STSJ de Andalucía de Granada de fecha 16/11/2011 , en relación con la STEDH de 8/12/2009 , y que no se puede penalizar a la actora por razones étnicas ni discriminarla por su falta de formación y desconocimiento de cuestiones jurídicas.

Pues bien esta Sala ha resuelto una cuestión muy parecida en reciente sentencia de fecha 30/3/2016, en rec suplic 2580/15 , en la que decíamos:... "Segundo.- Al amparo del artículo 193 c) de la LRJS se denuncia la infracción del artículo 174 de la LGSS , en relación a la disposición adicional 10,2ª de la Ley 30/81 y por no haberse aplicado el nº 3 del primer precepto, ya que la pareja no se llegó a constituir formalmente como pareja de hecho dos años antes del óbito, entendiéndose que la STEDH se refiere a hechos de 2000, ampliamente ya



superados por la reforma en tal materia operada para todos los ciudadanos con independencia de su etnia por ley 40/2007, si aplicable a este caso concreto, y que en aquel caso en el libro de familia aparecían como casados y no en el presente, sin que la expresión de ser casado el difunto en la inscripción de defunción adviera tal estado civil, insistiendo en la falta de credibilidad del referido certificado del folio 45 y la escasa credibilidad y contradicciones que estima se produjo en la testifical practicada. Discrepa de las valoraciones atendida la reciente realidad social de las manifestaciones de "desventaja" por formar parte de la etnia gitana de la actora.

Pues bien, la cuestión ha sido resuelta por una muy reciente sentencia firme de esta Sala de fecha 27/3/2014, recaída en rec suplic 251/14, en sentido adverso para la recurrente, lo que corrobora el acierto de la resolución impugnada, que ya la citaba, con leves diferencias fácticas que no tienen trascendencia relevante donde exponíamos: "...si bien en el desarrollo del motivo se desdobra la censura de derecho en un doble aspecto. Uno primero que tiene que ver con la **viudedad** procedente del matrimonio bajo el rito gitano, citándose y transcribiéndose en el desarrollo del motivo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictada el 27 de marzo de 2013, que reproduce parte de la dictada por esta Sala de Granada de el 16 de noviembre de 2011 en la que se otorgó **pensión de viudedad** a una actora que había contraído matrimonio bajo el rito gitano en aplicación de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, para concluir que en el caso concreto, al igual que lo que ocurrió en el caso con el que se enfrentó la Sala de lo Social de Galicia no se acredita la excepcional circunstancia de haber estado la actora y el causante en la creencia, mantenida de buena fe, de haber mantenido socialmente un matrimonio civil, con la peculiaridad de haberse originado desde el rito gitano, el cual según aduce el Letrado de la Administración de la Seguridad Social se alega gratuitamente sin ningún sustento probatorio faltando el reconocimiento administrativo de la supuesta creencia de un matrimonio mantenido de buena fe, como lo revela que en el libro de familia se especifica claramente la condición de solteros de los dos progenitores y que en el carnet de familia numerosa no figura el causante y progenitor D. Felix, sino solamente la actora Doña María Consuelo y sus cuatro hijos.

Y de otro entiende el Letrado de la Administración de la Seguridad Social que no procede proteger la **pensión de viudedad** de la actora procedente de la situación de la pareja de hecho, ya que la misma de conformidad con lo establecido en el artículo 174.3 de la LGSS interpretado por la jurisprudencia unificadora del TS, de las que cita las Sentencias de 20 de julio de 2010, 27 de abril, 3 de mayo, 15 de junio, 28 de noviembre y 20 de diciembre de 2011, 23 y 26 de enero, 21 de febrero, 12 y 13 de marzo, 24 y 30 de mayo y 11 de junio de 2012, debe acreditarse bien mediante "inscripción en registro específico "de parejas de hecho", bien mediante" documento público en el que conste la constitución de la pareja", y no existe en el caso analizado esta prueba de la existencia de la pareja de hecho.

TERCERO. - Y el análisis del motivo y de su impugnación, aunque exige partir de que la Magistrada de instancia ha otorgado a la actora la **pensión de viudedad** al considerar acreditados todos los requisitos establecidos por el artículo 174.3 de la LGSS para entender la existencia de una pareja de hecho con el causante, habiendo denegado la misma procedente del matrimonio contraído bajo el rito gitano, ello no impide que esta Sala entre en las dos situaciones, pues la actora en el escrito de impugnación del recurso, no sólo pide que se confirme el derecho a la **pensión de viudedad** desde la situación de pareja de hecho, sino que sigue insistiendo como ha hecho desde un primer momento, que en aplicación de la STDEH de 8 de diciembre de 2009 la denegación de la **pensión de viudedad** lesiona el derecho a la igualdad de trato partiendo de la buena fe de la actora en cuanto a la validez y plena eficacia del matrimonio contraído bajo el rito gitano. Pues bien aun cuando el TS en la citada Sentencia de 11 de junio de 2012 reitera doctrina en la que se afirma que la inscripción en el Registro específico o la documentación en escritura pública de la constitución de la pareja de hecho es justificación ad solemnitatem y constitutiva de la existencia de la pareja de hecho a los efectos de la Seguridad Social, sin que pueda ser sustituida por la acreditación de la propia convivencia "more uxorio", por lo que a la vista de lo estampado en el hecho probado quinto al no constar la inscripción en ningún Registro Público de los previstos en la Ley 5/2002 de 16 de diciembre, de la actora y del causante como pareja de hecho, ni la constancia de tal carácter en documento público otorgado al efecto, habría que denegar a la actora la **pensión de viudedad** procedente de la situación de pareja de hecho.

Sin embargo, esta Sala no puede al final sino que confirmar la decisión de otorgar a la actora la **pensión de viudedad**, partiendo que esta probado que la actora y su pareja fallecida en trágicas circunstancias en 10 de abril de 2012, habían constituido en atención a su pertenencia a la etnia gitana su unión a través del rito gitano a finales del tercer trimestre del año 1990, conviviendo después durante casi 22 años habiendo tenido en común cuatro hijos entre 1991 y 2004 con lo que se observa gran paralelismo en el caso analizado con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, Sentencia Muñoz Díaz v. España, que fue de la que se sirvió esta Sala de Granada para el dictado de la referida de 16 de noviembre de 2011.

En efecto la Sentencia del TEDEH de 8 de diciembre de 2009 examina la cuestión de si "el hecho de haber denegado a la demandante el derecho a percibir una **pensión de viudedad** refleja un trato discriminatorio



basado en la pertenencia de la interesada a la etnia gitana, en relación a la forma en que la legislación y la jurisprudencia tratan situaciones análogas, estando, los interesados convencidos de buena fe de la existencia de su matrimonio aun no siendo éste legalmente válido".

La respuesta afirmativa se funda en esta convicción de buena fe en la validez del matrimonio celebrado conforme a los usos y costumbres gitanos. La sentencia señala al respecto que "Para apreciar la buena fe de la demandante, el Tribunal debe tomar en consideración su pertenencia a una comunidad en la que la validez del matrimonio según sus propios usos y costumbres no ha sido nunca cuestionado y que nunca ha sido considerado contrario al orden público por el Gobierno o por las autoridades internas, que incluso han reconocido en ciertos aspectos, la calidad de esposa de la demandante. Considera que la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada".

La sentencia argumenta luego: "61. El Tribunal considera que, aunque la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicar estas Leyes. El Tribunal ha tenido ocasión en la Sentencia Buckley (ciertamente, en un contexto diferente) de subrayar 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 modo de vida, tanto en el ámbito reglamentario admisible en materia de regulación como en el momento de la adopción de la decisión en casos particulares (Sentencia Bukcley contra Reino Unido, de 25 septiembre 1996 (TEDH 1996, 42), aps. 76, 80, 84, Repertorio de Sentencias y Decisiones 1996 -IV, Chapman contra Reino Unido (TEDH 2001, 46) antedicha, ap. 96, y Connors contra Reino Unido, núm. 66746/01, ap. 84, de 27 mayo 2004 (JUR 2004, 158847).

62. En este caso, 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 Sabino ., 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, situación considerada como especialmente digna de ayuda y que exigía, en aplicación de la Ley núm. 25/1971 (RCL 1971, 1201, 1770), el reconocimiento de la calidad de cónyuge.

63. Para el Tribunal, 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 Sabino . y de formar una pareja casada reconocida. Tras el fallecimiento de Sabino . es natural que la demandante haya alimentado la esperanza de que se le reconozca una **pensión de viudedad**.

64. 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. A este respecto, el Tribunal recuerda que, conforme al Convenio-marco para la Protección de las Minorías Nacionales, 369 y 397 (apartados 33 y 34 supra), los Estados parte de dicha Convención están obligados a tener en cuenta, debidamente, las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales.

65. 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 (RCL 1994, 1825), o la situación examinada en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 199/2004, de 15 noviembre 2004 (TC 2004, 199) -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".

La sentencia concluye que "69. 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**".

En definitiva, los pronunciamientos divergentes parten de la misma base a tomar en consideración, esto es, la buena fe de los solicitantes de la prestación respecto a la validez de su matrimonio. Dicha buena fe matrimonial no se basa única y exclusivamente en la creencia por parte de los mismos de que su matrimonio era válido, sino que además se puede constatar a través de elementos objetivos con fuerza probatoria. Y en efecto, al igual



que en la sentencia impugnada, la sentencia del Tribunal Europeo (caso de M^a Luisa Muñoz Díaz) aduce que la buena fe de la demandante respecto de la validez de su matrimonio contraído conforme a la tradición gitana, se prueba en el hecho de que fueron las autoridades españolas quienes reconocieron en diversos documentos oficiales la validez, o como poco, la apariencia de validez de ese matrimonio. Y en el caso que aquí se analiza, aunque en el Libro de familia figuren la actora y el causante como solteros, no lo es menos que tal dato no es suficiente para desvirtuar la buena fe de la actora en cuanto a la validez y eficacia del matrimonio que está acreditado que contrajo con el causante bajo el rito gitano, ya que los cuatro hijos que tuvo con el causante, fueron registrados en el libro de familia expedido a la pareja por las autoridades españolas del Registro Civil, teniendo igualmente la actora y esos cuatro hijos carnet de familia numerosa, no lo siendo menos que hay otra documental, como es la propia inscripción de defunción en el que figura que D. Felix estaba casado. Y además no se puede obviar la pertenencia de la actora a una colectividad en desventaja en la que la validez del matrimonio según sus propios usos y costumbres no había sido nunca cuestionada ni considerada contraria al orden público por el gobierno o por las autoridades internas. Por todo ello y en consecuencia, en aplicación de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, es lo visto que aunque lo sea por distintos razonamientos jurídicos la Sentencia tiene que ser confirmada".

En este caso, dicha unión y por tal rito se inicia incluso antes, en 1984, hay tres hijos comunes, en cartilla de la seguridad social y para asistencia sanitaria aparecía como beneficiaria la actora y los hijos, que también están censados en el mismo domicilio, y en el entorno social se entendía a la reclamante como la "mujer" del difunto, por lo que debe de rechazarse el recurso- del INSS- y confirmarse la sentencia".

SEGUNDO.- Pues bien, en este caso concurren similares razones para estimar el recurso y revocar tal sentencia, pues en la inscripción de nacimiento de los hijos, el progenitor paterno que la solicitaba realizaba un reconocimiento de filiación como hijos naturales, al no estar inscrito como tal previamente el matrimonio civil o canónico, el texto de la inscripción lo realiza el funcionario encargado del registro, existía libro de familia, lo que evidencia una evidente 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, el rito como tal ceremonia se celebró efectivamente en 1974 conforme a sus costumbres étnicas, en una realidad social y cultural muy distinta a la de hoy, la actora en ese momento no tenía siquiera 15 años, pues nació según el libro de familia en 1959, 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**, por lo que de denegar la **pensión** se podría producir una discriminación por razones étnicas y culturales. En su consecuencia, estimamos el recurso y revocamos tal 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.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por Raquel 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 TESORERIA 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.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que previene el art. 218 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes al de su notificación, con advertencia a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, si es la recurrente, que al preparar el Recurso deberá presentar certificación acreditativa de que comienza o, en su caso, continúa, el abono de la prestación de pago periódico y que lo proseguirá durante la tramitación del recurso, sin cuyo requisito se tendrá éste por no preparado.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION. - Leída y publicada en audiencia pública fue la anterior sentencia el mismo día de su fecha. Doy fe.