

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sala Quinta) de 23 de enero de 2023 sobre la demanda de doña Sofía Valverde Digon contra el Reino de España. Recurso núm. 22.386/19

Case of Valverde Digon v. Spain, 26 January 2023, Application núm. 22,386/19

(a reserva de una eventual apelación ante el Pleno del Tribunal)
(La sentencia ganará firmeza en los supuestos especificados en el artículo 44, aptdo. 3, del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹, sin perjuicio de una posible revisión de índole redaccional)

Fecha de recepción del artículo: 05/06/23

Fecha de aceptación y versión final: 19/06/23

I. INTRODUCCIÓN

Por la gran extensión del texto de la sentencia —48 folios el original inglés— prescindimos de su traducción literal y procedemos a resumirla de tal modo que queden clara y suficientemente expuestos los hechos y las alegaciones de la demandante Sra. VALVERDE DIGON (Sección I). A continuación se examinan los considerandos de la sentencia (en lo sucesivo indistintamente sentencia o resolución), el (brevisimo) fallo (Sección III), favorable a la demandante; los dos votos particulares presentados (Sección IV), y finalmente hacemos nuestro comentario final sobre los tres pronunciamientos (Sección V). Hemos optado en efecto, para mayor comodidad del lector y por un imperativo de continuidad discursiva, por agrupar en una sola exposición nuestras observaciones, dándoles un carácter de valoración conjunta, en vez de valorar sucesiva y separadamente el fallo y los votos particulares.

* Traducida y comentada por Mariano DARANAS PELÁEZ, Letrado de las Cortes Generales. <https://orcid.org/0000-0002-6052-4418>

¹ Nota del autor (en lo sucesivo N. del aut.). – Dichos supuestos son tres: primero, que las partes declaren que no) interpondrán recurso; segundo, que en un plazo de tres meses desde la publicación de la sentencia no se haya interpuesto recurso, o tercero que el Pleno declare no admisible a trámite el recurso presentado por no plantear según el artículo 43 del propio Convenio, cuestión “relativa a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos” o bien una “cuestión grave de carácter general”.

II. RELACIÓN DE LOS HECHOS Y ANTECEDENTES

2.1. Antecedentes personales

1. La demandante Sra. VALVERDE, nacida en 1978, estuvo viviendo con su pareja en Santa Coloma de Gramanet (Barcelona) desde el 10 de febrero de 2006, y ambos estaban empadronados en ese municipio desde la fecha citada. En el año 2004 ya habían comprado un piso y en noviembre de 2008 tuvieron una hija. El 18 de noviembre de 2014 se formalizó ante notario la unión de hecho. En la escritura se declaraba la existencia de pareja civil estable desde 2005 (si bien no se había inscrito legalmente en aquel momento).

2. La pareja, es decir el marido de hecho, falleció el 25 de julio del mismo año 2014, tres días después de la escritura de formalización. La viuda, que pasó a residir en Ciudad Real, quedaba designada heredera en el testamento del fallecido.

2.2. Resumen de las actuaciones administrativas y judiciales

2.2.1. Fase administrativa

1. El 12 de septiembre de 2014 la Sra. VALVERDE solicitó la correspondiente pensión de viudedad, alegando que cumplía tanto los requisitos de orden económico (a los que nos referiremos al resumir los considerandos) como los de *status* de unión civil.

2. Con fecha 16 del mismo mes, cuatro días después de la solicitud de pensión, el Instituto Nacional de Seguridad Social (en lo sucesivo el INSS) dictó resolución por la que desestimaba la petición, señalando que la solicitante no cumplía el requisito de haberse inscrito la unión civil dos años, como mínimo, antes del fallecimiento del otro miembro de la pareja. El INSS añadía que la solicitante no había demostrado los requisitos de índole económica, es decir unos ingresos inferiores al tope legalmente establecido (y que especificaremos al resumir la resolución del TEDH).

3. La Sra. VALVERDE interpuso contra la resolución un recurso que fue desestimado con fecha 21 de octubre de 2014 por la Dirección Provincial de Barcelona del INSS. La Dirección invocaba una sentencia reciente del Tribunal Constitucional (núm. 40/2014, de 11 de marzo, BOE de 10 de abril) que tenía como consecuencia (del modo que más tarde se analiza) la nulidad por inconstitucional de determinada norma de derecho civil catalán para la “consideración como pareja de hecho y su acreditación”, que prescindía del requisito para todo el territorio nacional de acreditación del estado de pareja dos años antes como mínimo del fallecimiento del causante. Se reiteraba, por lo demás, que la recurrente no había probado el cumplimiento de los demás requisitos (los de índole económica).

2.2.2. Fase Judicial

4. El 6 de noviembre de 2014 la Sra. VALVERDE apeló ante el Juzgado núm. 2 de lo Social de Ciudad Real (provincia donde, como queda dicho, acababa de establecerse la recurrente), reiterando que había demostrado inequívocamente ello sin perjuicio de la posibilidad de otros medios de prueba de la unión de hecho; y que, por lo demás el Código de Derecho Civil de Cataluña no exigía requisito alguno en materia de acreditación.

5. El Juzgado desestimó la apelación sosteniendo (como ya había señalado la Dirección Provincial de Barcelona) que seguía siendo aplicable la obligación legal de inscripción registral de la pareja dos años antes, como mínimo, del fallecimiento del otro miembro. Señalaba como clave de su argumentación que el 11 de abril de 2014 (leve error, fue el 10 de abril) se había publicado en el Boletín Oficial del Estado (en lo sucesivo BOE) la referida sentencia del Tribunal Constitucional, STC 40/2014, de 11 de marzo, en virtud de la cual se declaraba inconstitucional, y en consecuencia se anulaba, el párrafo quinto (y último) del apartado 3 del artículo 174 de la LGSS, que dejaba al arbitrio de determinadas comunidades autónomas la posibilidad de prescindir (al menos parcialmente) de la obligación registral a la que nos hemos referido. Disponía, en efecto, el párrafo anulado que en las comunidades autónomas “con derecho civil propio” (caso, entre otras, de Cataluña), siempre que se cumpliera el requisito de cinco años de convivencia, “la consideración de pareja de hecho y su acreditación” se harían conforme a lo que se estableciese la “legislación específica” de esas comunidades, siempre que se cumpliera el requisito de convivencia. Al contrario de los organismos del INSS, el tribunal no se pronunciaba sobre si la demandante cumplía o no el requisito de tener unos ingresos inferiores al tope legalmente establecido para el derecho a pensión de viudedad.

6. La Sra. Valverde interpuso recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo (TS) cuya Sala Quinta (“de lo Social”) lo declaró inadmisibles por no reunir a su juicio las condiciones necesarias por este concepto.

7. La interesada se dirigió entonces en recurso de amparo al Tribunal Constitucional alegando que se había violado su derecho a la no discriminación. Aducía en efecto que existía discriminación en la medida en que el miembro supérstite de la pareja residente, pero no registrada, en Cataluña podía recibir trato diferente según que la muerte del otro miembro hubiese acaecido antes de la STC 40/2014 (el 11 de marzo, como se recordará) o en los dos años siguientes o bien pasados dos o más años. También alegaba que se había violado su derecho a la “tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos” (art. 24.1 CE), ya que había resultado imposible por el fallecimiento del otro miembro acreditar la relación de pareja con la antelación preceptiva. El 16 de octubre del mismo año 2018 el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso afirmando que carecía de relevancia constitucional.

III. EXPOSICIONES DE HECHOS, CONSIDERANDOS, FALLO Y VOTOS PARTICULARES

Señalemos, antes de entrar en el estudio de la sentencia, que el texto se abre con un encabezamiento de brevedad casi telegráfica, en el que se adelantan una por una las cuestiones jurídicas que se van a considerar, a saber “Disfrute pacífico de la posesión —Negativa de las autoridades nacionales a conceder pensión de viudedad debida a la aplicación imprevisible de un nuevo requisito de imposible cumplimiento por la demandante— Imposición de una carga excesiva a la demandante —Falta injustificada de un período transitorio con motivo de cambio en la legislación— Ausencia de un equilibrio equitativo entre los intereses en presencia”.

3.1. Considerandos de la resolución

El Tribunal empieza (considerando 15) por transcribir los preceptos del ordenamiento español que juzga “relevantes” para el caso, concretamente cinco artículos de la CE, el 9.3 (en lo referente específicamente al “principio de seguridad jurídica”), el 14 (que prohíbe la discriminación), el 24 (derecha a tutela judicial efecto y a un juicio justo), el 33 (derecho de propiedad) y el 41(seguridad social).

A continuación se hace constar (pfo. 16) que originariamente la legislación española de seguridad social exigía para el derecho a pensión de viudedad, además de ciertos requisitos económicos, que se hubiese celebrado matrimonio con el difunto, sin que, por lo demás, tuviera significación alguna la fecha de celebración. Pero se fueron aprobando varias reformas que, con el fin de evitar fraudes, introdujeron el requisito de que en caso de muerte causada por enfermedad anterior a la fecha del casamiento, éste tenía que haberse celebrado un año antes, como mínimo, antes del óbito o bien un año antes del nacimiento de un hijo “biológico” en común, a menos que pudiese acreditarse en uno u otro caso que los cónyuges habían convivido durante dos años.

Se recuerda sucintamente (pfos. 18 y 19) que el Tribunal Constitucional había declarado que no existía igualdad constitucional en términos generales entre parejas casadas y no casadas, y que el legislador tenía en consecuencia plena libertad de tratar de modo distinto a unas y a otras, sin que ello supusiera quebrantamiento del principio constitucional de igualdad. Es más, el propio TC había declarado que si bien el legislador podía ampliar el derecho a pensión de viudedad a las “parejas estables de régimen común”, el no hacerlo no suponía violación del artículo 14 CE (haciéndose alusión en este punto a las SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, y 41/2013, de 14 de febrero). Se añadía que en España algunas comunidades autónomas podían regular por sí mismas, dentro de ciertos límites y condiciones, el régimen

de las parejas de hecho y que en consecuencia no había uniformidad en el reconocimiento de la relación de pareja de hecho.

Se hace a continuación un resumen (puntos 20-25) de los trascendentes cambios legislativos introducidos ya en el siglo XXI en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) de 1994. Se cita en efecto pormenorizadamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre (BOE núm. 291, de 5 de diciembre), que reformó en varios aspectos sustantivos de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) de 1994, extendiendo entre otros cambios el derecho a pensión de viudedad a las parejas de hecho, reservado hasta entonces a las parejas casadas.

La sentencia transcribe íntegro el extenso artículo 174 del texto reformado, cuyo apartado 3 regula en cinco párrafos la pensión de viudedad para las parejas de hecho, prescindimos de su reproducción, limitándonos a los preceptos esenciales.

Se establecen en los tres primeros párrafos los “requisitos económicos” para el acceso a la pensión (cuyo cumplimiento negaban, como se recordará, los órganos de la Seguridad Social a los que se había dirigido la Sra. Valverde). El primero y principal es que el miembro viudo acredite que sus ingresos (rendimientos de trabajo y también de capital, así como los de carácter patrimonial) durante el año natural anterior no hayan alcanzado el 50 (cincuenta) por ciento de la suma de los propios y de los del “causante” habidos en el mismo período [el porcentaje es, sin embargo, del 25 (veinticinco) por ciento si no hay hijos comunes con derecho a pensión de orfandad].

No obstante, se reconoce también derecho a pensión “cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5” (una y media) “veces al importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación como durante el período de percepción” [también aquí se establece un incremento por cada hijo común, concretamente el 0,5 (cero coma cinco) veces la cuantía del SMI vigente, todo esto compatible asimismo con la pensión de orfandad de quien conviva con el sobreviviente].

En el cuarto párrafo se establecen otros dos requisitos, ambos de orden cronológico y directamente interrelacionados: primero, acreditación, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, de una “convivencia estable y notoria” hasta el momento del fallecimiento del causante y por cinco años ininterrumpidos, y segundo, acreditación del *status* de pareja de hecho mediante certificado de inscripción en alguno de los registros específicos existentes en la comunidad autónoma o ayuntamiento del lugar de residencia, inscripción que ha debido efectuarse dos años antes como mínimo del fallecimiento. Esta segunda obligación responde (como ha reconocido incidentalmente la propia sentencia) a la preocupación declarada de los órganos rectores de la SS por evitar fraudes en la solicitud de pensiones.

Ahora bien, el párrafo quinto abre la puerta a la posibilidad de regulaciones distintas en las “comunidades autónomas con Derecho civil propio” (caso

precisamente de Cataluña) disponiendo que “cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración” de pareja de hecho y “su acreditación se llevará (*sic*) a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica” (La sentencia reproduce el sexto y último párrafo de este apartado 3, que no afecta, por lo demás, al presente caso).

Cataluña ha sido (como inmediatamente reseña la sentencia en su punto 23) una de las CC. AA. que han hecho uso de la posibilidad que les brinda el párrafo quinto. En efecto, el Código de Derecho Civil de Cataluña dispone (art. 243-1) que las personas que convivan en una unión afectiva análoga al matrimonio, se consideran pareja estable si cumplen uno de los tres requisitos siguientes:

- a) si la cohabitación dura más de dos años ininterrumpidos;
- b) si tienen un hijo en común durante la cohabitación, o
- c) si formalizan su relación mediante escritura pública.

En consecuencia, deduce la resolución, las parejas de hecho en Cataluña ya no tenían que registrarse formalmente (siempre que se cumpliera uno de los dos, y por lo tanto, el miembro superviviente tendría derecho a pensión).

Recuerda acto seguido el TEDH (pfo. 24) que dada la disparidad de requisitos en las CC. AA. para el reconocimiento del estado de pareja, también quedaba sujeto a discusión el derecho a percibir pensión de viudedad. Se cuestionaban en concreto i) el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de todos los españoles ante el régimen de seguridad social y II) la obligación constitucional de las autoridades de mantener un sistema de seguridad social con garantías de disfrute uniforme en todo el territorio nacional.

En esta tesitura la Sala de lo Social del TS interpuso recurso el 15 de febrero de 2014 sobre posible inconstitucionalidad del referido párrafo quinto del artículo 174.4 LGSS (texto revisado, como se recordará, en 2007), con motivo del recurso de amparo interpuesto por la viuda de una pareja de hecho residente en Asturias, contra la denegación de pensión de viudedad por la Dirección Provincial del INSS, confirmada por el Juzgado núm. 4 de lo Social de Gijón y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la C. A. de Asturias. El TS observaba que las diferencias de criterio en determinadas CC. AA. sobre reconocimiento de las uniones civiles habían tenido como consecuencia la imposición de requisitos también distintos para percibir pensión de viudedad, lo cual podía dar lugar a discriminaciones según cuál fuese el lugar de residencia del miembro superviviente.

Por sentencia de 11 de marzo de 2014 (STC 40/2014, BOE de 10 de abril), es decir meses antes (apunta el que suscribe) de la solicitud de pensión por la Sra. VALVERDE, el Tribunal Constitucional declaró efectivamente inconstitucional y por lo tanto nulo el párrafo quinto. Se transcribe en la resolución del TEDH (pfo. 25) parte del tercer considerando, del cual nos

limitamos a transcribir el cuarto párrafo, que es el que define la posición interpretativa de la sentencia:

“Como ha señalado el Tribunal Supremo, 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), sino que el artículo 174.3 LGSS se refiere a dos exigencias diferentes: la material, esto es, la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante, y la formal, *ad solemnitatem*, es decir la 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. De este modo 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 favor exclusivamente de las parejas registradas al menos dos años antes del fallecimiento del causante (o que han formalizado su relación al menos dos años antes en un documento público en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan el aludido requisito de convivencia”.

La resolución del TEDH transcribe a continuación una parte de los restantes “fundamentos jurídicos” de la STC, que concluye “estimando” la cuestión suscitada de inconstitucionalidad declara “en consecuencia” nulo e inconstitucional el párrafo quinto del artículo 174.3 del texto refundido de la LGSS, aprobado por Real Decreto Legislativo (en lo sucesivo RDL) 1/1994, de 20 de junio.

Se interpreta acto seguido (pfo. 26) que “Según el Tribunal Constitucional las solicitudes de pensión pendientes en el momento de entrar en vigor la sentencia quedarían afectadas por la declaración de inconstitucionalidad mientras no se dictara resolución administrativa firme. La declaración de inconstitucionalidad era asimismo aplicable a todas las nuevas solicitudes que se recibiesen tras la entrada en vigor de la sentencia”.

(El TEDH reseña muy brevemente (pfo. 28) que poco después de entrar en vigor la STC toda la LGSS quedaba derogada y sustituida por otra con el mismo nombre, aprobada por RDL 89/2015).

Seguidamente hace referencia la resolución (pfo. 28) a dos sentencias de la Sala de lo Social del TS, posteriores ambas a la entrada en vigor de la mencionada Ley 40/2007 a saber las SSTs 5.124/2014, de 4 de noviembre y 286/2011, de 28 de noviembre, y la 2.122/2021 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, todas ellas sobre casos de parejas de hecho que habían convivido durante más años de lo establecido por la LGSS, pero que no habían acreditado formalmente su relación con la antelación de dos años antes del fallecimiento del causante exigida por la reforma de la propia LGSS de 2007 (con efectos desde 1.º de enero de 2008).

La primera de las tres sentencias examina el caso de una pareja que había convivido más de diez años en el mismo domicilio, tenido dos hijos en común y solicitado su constitución formal como unión civil tras la entrada en

vigor de la tantas veces citada Ley 40/2007 (solicitud que fue aprobada el 8 de marzo de 2008), pero que quedado disuelta por el fallecimiento de uno de sus miembros. El óbito tuvo lugar el 10 de abril de 2009, cuando aún no habían sido exigidos dichos requisitos legalmente.

La Sala juzgadora afirma en su fallo: “La doctrina legal correcta es la sostenida en la STS de 28 de noviembre de 2011, doctrina que, expresada brevemente determina la aplicabilidad del principio general esencial en derecho *ad impossibilia nemo tenetur*, por lo que se exonera a la parte reclamante no sólo del requisito de formalizar la unión civil, sino también de la exigencia adicional de que la formalización haya tenido lugar dos años antes como mínimo del fallecimiento del causante, toda vez que la formalización resulta imposible de cumplir en caso de que la muerte sobrevenga antes de expirar ese plazo...”. Se falla en consecuencia que ha lugar a la pensión de viudedad.

La segunda sentencia resuelve el recurso de casación núm. 286/2011, de 28 de noviembre, contra otra del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, que anulaba la dictada en primera instancia por un órgano que no se especificaba, sobre el caso de una pareja de hecho que sea había registrado formalmente a los dos meses y pocos días de entrar en vigor la reforma de 2007 (que fue, como se recordará, el 1.º de enero de 2008). Pero uno de los miembros de la unión falleció el 17 de febrero de 2009, es decir, antes de transcurrir los dos años desde la formalización registral exigidos como lapso mínimo por la citada reforma. En esta ocasión el juzgador en primera instancia resolvió a favor de la parte solicitante de pensión, argumentando que la Ley 40/2007, no contenía ninguna disposición transitoria para supuestos como aquél, y que, a pesar de que la pareja había obrado “con la debida diligencia”, no le había sido posible cumplir el referido requisito de índole temporal, precisamente por el hecho del fallecimiento.

El Tribunal Superior de Justicia revocó, sin embargo, la sentencia, por lo que la parte solicitante acudió en casación ante el TS, el cual hizo suyo el pronunciamiento de primera instancia, afirmando que “en casos como los examinados (en los que la muerte acaeció sólo a pocos meses de entrar en vigor la Ley 40/2007) resultaba imposible el registro preceptivo o la documentación pública con antelación de dos años de una pareja no casada, antes de promulgarse la ley que lo establecía...”. Se reconocía, pues, el derecho a pensión.

La tercera sentencia se dictó por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en resolución del recurso de apelación núm. 2.1222/2021, de 18 de abril. Se trataba de una pareja que había convivido desde 1987 y que quedó disuelta al fallecer la esposa en 2018, tras doce años ininterrumpidos de una enfermedad neurológica que le impedía asumir los derechos y obligaciones dimanantes de la constitución formal de una unión civil. Por su parte el viudo no había podido demostrar la “constitución” formal del modo legalmente establecido “bien... porque no tenía necesidad u obligación de hacerlo, o bien porque cuando habría podido o

debido registrar la pareja, su consorte era incapaz de dar su consentimiento”. En este caso, se añadía a modo de conclusión, que el no cumplimiento del requisito formal “no puede, a pesar de lo afirmado por el INSS, recibir el mismo trato jurídico que las demás situaciones de parejas que no hayan probado en absoluto la existencia, de cuestión, problema o materia alguna limitativa de su capacidad de dar su libre consentimiento a la constitución de unión civil”. Se reconocía en consecuencia el derecho del recurrente a la pensión de viudedad.

Ahora bien son a nuestro juicio los fundamentos jurídicos de la sentencia, que la presente resolución del TEDH reproduce en gran parte, los que mejor ilustran y explican por su formulación detallada y categórica el problema común a todos los casos expuestos (no sólo el de la Sra. Valverde), a saber el de la posibilidad legal o no de pensión de viudedad cuando, habiéndose reunido todos los requisitos de exigüidad de ingresos y de antigüedad de la pareja, no se ha cumplido el de acreditación de la pareja como unión civil dos años antes como mínimo del fallecimiento de uno de sus miembros. En los párrafos siguientes reproducimos del modo más fiel posible los razonamientos del alto tribunal catalán.

Se empieza recordando que, si bien las sentencias del TC declarativas de inconstitucionalidad son aplicables con carácter general, según el artículo 40, aptdo. 1 de la Ley Orgánica del propio TC (LOTIC)², este principio “no debe aplicarse de un modo generalizado cuando existan circunstancias que, de no ser tomadas en consideración, dejarían a una situación injusta, más aún arbitraria, lo que no puede ni debe permitir nuestro ordenamiento legal y constitucional”. En otras palabras, se abre la posibilidad para los tribunales ordinarios de apartarse en algún caso de la doctrina sentada por una declaración de inconstitucionalidad.

Pero, es más adelante donde el TSJ de Cataluña desarrolla su posición en términos inequívocos. Después de aludir a la resolución del INSS denegatoria de la solicitud de pensión, se dice en efecto: “Este Tribunal reconoce que el argumento formulado por el INSS es formalmente correcto, y que si no fuera por la naturaleza excepcional del presente caso, tendríamos que declararnos de acuerdo (Sin embargo) nuestra obligación va más allá de la simple aplicación general de la norma (precedente)... debemos resolver el caso concreto;... Si la norma o jurisprudencia (aplicable) no ofrece respuesta, en este punto, la posición de esta Sala es (desarrollar y llevar a su término) la norma en cuestión y hacerlo con total respeto a la dimensión constitucional del derecho de todo ciudadano a recibir la protección

² N del aut. Dicho aptdo. dice: “Uno. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada resulte una reducción de la pena o de la sanción, o una exclusión, exención, o limitación de la responsabilidad”.

adecuada que establece nuestro sistema de seguridad social (art. 41 de la Constitución española)”.

Hasta aquí la exposición por el TEDH de la legislación y la jurisprudencia nacionales. Pasemos ahora a sus argumentos a la luz del Convenio, de sus Protocolos y de la jurisprudencia elaborada por el Tribunal.

3.2. Fundamentos jurídicos

a) Sobre la admisibilidad a trámite del recurso

EL TEDH recuerda en primer lugar que la recurrente basa su apelación en dos argumentos principales: primero, que la negativa al otorgamiento de la pensión no tuvo en cuenta la “imposibilidad objetiva” de dar cumplimiento a una obligación legal de inscripción registral no aplicable a su caso, que era anterior a la referida STC de 2014, y segundo, que la negativa suponía una discriminación respecto a miembros supervivientes de otras uniones civiles cuya pareja había fallecido antes de dictarse dicha sentencia o bien más de dos años después de la misma. En este punto la Sra. Valverde invocaba el artículo 14 del Convenio (prohibición de todo tipo de discriminación) en relación con el artículo 1.º del Protocolo núm. 1, que proclama el derecho de propiedad.

El TEDH constata lacónicamente (pfo. 30) que el recurso entra en el ámbito del artículo 1.º del Protocolo (recordemos que la tabla inicial de fundamentos formulada bajo el enunciado de la resolución empieza precisamente por “el derecho al disfrute pacífico de la propiedad”) y pasa a examinar bajo el epígrafe general “Admisibilidad” las alegaciones de las dos partes. Con inversión de lo que a nuestro juicio sería el orden normal, se resumen en primer lugar las alegaciones de la parte recurrida, el Estado español, y luego las de la parte recurrente.

El representante del Estado aduce (pfo. 31) que el recurso es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio, pero recuerda que, considerando que esta causa de inadmisibilidad guardaba relación directa con el fondo del asunto, examinó conjuntamente los diversos aspectos del caso.

También señala el Estado (pfos. 32 y 33) que la recurrente no había agotado las instancias nacionales disponibles, requisito exigido por el artículo 35, apdo.1 del Convenio para la admisión del recurso a trámite. Por un lado, en efecto, la Sra. Valverde había utilizado una vía “ineficaz” al apelar contra la negativa de la Administración, una vez dictada la STC 40/2014, y por otro, no había recurrido ante los tribunales nacionales antes de dirigirse al TEDH (pero no se precisa ni aclara cuáles han sido los trámites omitidos). Se añade que, como remedio alternativo, una vez denegada la pensión por resultar inconstitucional y en consecuencia nula la disposición del derecho civil catalán

en la que se basaba la solicitud, la recurrente habría podido pedir pensión a título de indemnización por el daño que se le había causado.

Finalmente (pfo. 34) la representación del Estado niega la aplicabilidad del artículo 14 del Protocolo sobre presunta discriminación contra la recurrente, siendo así que ésta no la había alegado en ninguno de sus recursos administrativos y judiciales, salvo el que presentó ante el TC.

El Tribunal resume acto seguido (pfos. 35-37) la argumentación de la recurrente, que cifra en tres alegaciones: primera, que los recursos interpuestos ante las instancias nacionales constituían “la única vía administrativa y judicial lógica” a su alcance; segunda, que en casos análogos los tribunales habían anulado la denegación inicial del INSS y que por lo tanto los recursos sí habían resultado un “remedio eficaz” y tercera, en cuanto a la segunda parte de lo alegado, por la parte demandada, que la recurrente sí había suscitado en la vía nacional la cuestión de una posible discriminación.

La resolución pasa a valorar (pfos. 38-41) la cuestión previa de admisibilidad del recurso *ratione materiae*, centrándola en la interrogante de si la recurrente tenía o no una “expectativa legítima” de obtener pensión de viudedad (y en consecuencia si es aplicable o no el artículo 1.º del Protocolo núm. 1) para observar acto seguido que es algo “indisolublemente” vinculado al examen del fondo (*assessment of the merits*) y que por lo tanto el examen de la pretensión debe hacerse con el de los aspectos sustantivos del recurso.

El Tribunal recuerda a continuación (pfo. 39) seis de sus sentencias (entre 2002 y 2019) en las que sostiene que cuando existe en el ordenamiento nacional “más de un recurso potencialmente efectivo”, al demandante sólo le es exigible que haya utilizado uno de esos recursos, más aún es libre de utilizar el que considere más adecuado, y tras recordar que la Sra. Valverde sí había agotado las instancias procesales disponibles, rechaza de plano la alegación del representante del Estado. Añade que contra lo que aduce la parte demandada al final de su exposición, la recurrente no habría podido interponer alternativamente una reclamación extraordinaria contra el Estado sin haber impugnado primero la negativa del INSS al otorgamiento de pensión.

Seguidamente (pfo. 40) el TEDH aborda la posibilidad de una violación del derecho de propiedad de la demandante. Empieza observando que “no parece que se haya discutido que la demandante invocó ante los tribunales nacionales la presunta violación de sus (*sic*) derechos de propiedad que ahora invoca en este tribunal”. Y si bien es cierto, se añade, que la recurrente no ha hecho referencia al artículo 1.º del Protocolo núm. 1, “este tribunal ha sostenido que no es necesario que se invoque explícitamente una cláusula del Convenio, siempre que quede planteada la cuestión “al menos en cuanto al fondo” (se hace aquí remisión a ocho sentencias anteriores, una de ellas, por cierto, protagonizada por el Estado español, *Castells vs. Spain*, 23 de abril de 2002, núm. 236). Se añade que, si bien la recurrente no mencionó explícitamente en los procesos nacionales el derecho al disfrute pacífico de sus bienes, sí alegó —haber sido— víctima de un trato injusto (*unfair treatment*)

en sus esfuerzos por lograr la pensión a la que tenía derecho y que se había infringido además el principio de seguridad jurídica (*legal certainty*).

El Tribunal concluye que la recurrente agotó, —al menos en lo sustantivo— sus recursos en el ordenamiento español, por lo que procede desestimar el alegato de no agotamiento de esos recursos.

b) Sobre las alegaciones de fondo de las partes

Resuelta del modo expuesto la cuestión de admisibilidad, la resolución entra en el examen del fondo (*the merits*), exponiendo en primer lugar (pfs. 42-44), no sin cierto grado de reiteración, los argumentos sustantivos de la recurrente, que reproducen básicamente los ya resumidos. Sólo cabe apuntar una añadidura, a saber que el registro especial de parejas de hecho en Cataluña no empezó a ser operativo hasta el 1.º de abril de 2017, es decir más de tres años después de la STC 40/2014, y que en estas condiciones le había sido imposible *de facto* a la pareja formalizar su estado civil.

La recurrente terminaba reiterando el carácter injustamente discriminatorio que suponía negar a las parejas residentes de Cataluña lo que se otorgaba a otras en CC. AA. “de régimen similar” (no decía cuáles) donde el causante hubiese fallecido bien antes del 11 de abril de 2014 (publicación de la STC 40/2014 en el BOE) o bien después del 11 de abril de 2016, es decir, dos años después.

Por su parte la representación del Estado sostenía (pfs. 45-46) con insistencia que el artículo 1.º del Protocolo (derecho de propiedad) no era aplicable al caso. Añadía que la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por la STC pocos meses antes de fallecer el causante había tenido como consecuencia “clara e indiscutible” la pérdida por la viuda del derecho al cobro de pensión; más aún, la Sra. Valverde ya no podía, contra lo que afirmaba, tener siquiera “una expectativa legítima” de obtener un bien material (*a possession*) en el sentido del artículo 1.º del Protocolo núm. 1. Por lo demás el propio TEDH había sostenido sistemáticamente que los ingresos futuros no entraban en el concepto de “posesión” (aquí se citaban “*inter alia*” tres sentencias, una de 2018 y dos de 2019).

También alegaba la parte recurrida que, aun en el supuesto de que el TEDH equiparase la mera esperanza de obtener pensión a una “expectativa legítima”, la privación de este modo de “posesión” estaría justificada por las “razones de interés general” que habían llevado precisamente al TC a anular, por discriminatoria e inconstitucional, la disposición que servía de base a la pretensión de la recurrente; no cabía, pues, hablar de la privación de un derecho, sino de una medida destinada a impedir a la demandante obtener un trato de favor injustificado en relación con el resto de la población. Una vez entrada en vigor la reforma de la LGSS de 2007, la pareja quedaba obligada, como las de toda España, a registrarse cuanto antes para que pudiesen transcurrir dos años como

mínimo antes de que muriera uno de sus miembros, pero no lo había hecho así; antes bien había esperado varios años para acreditarse. Por último había tenido en todo momento la posibilidad —que no utilizó— de contraer matrimonio.

c) Posición del Tribunal

a) “Principios generales” (pfs. 48-57)

El Tribunal empieza por citar o reconocer un principio determinado para admitir enseguida la posibilidad de no aplicarlo en circunstancias especiales (planteamiento al que, por cierto, recurre, en el resto de su exposición). En efecto, encabeza su argumentación reconociendo que si bien el artículo 1.º del Protocolo no crea ningún derecho a la adquisición de la propiedad (se citan tres sentencias), puede ocurrir en determinadas circunstancias que “una expectativa legítima” goce de la protección de dicho artículo (aquí se menciona otra sentencia). Se aclara a continuación (pfo. 49) que toda expectativa legítima debe ser algo más concreto que una simple esperanza y estar basada en una disposición legal o en una resolución judicial. No se puede hablar en consecuencia de expectativa legítima cuando son objeto de controversia la interpretación y la aplicación del derecho interno y los tribunales nacionales rechazan todos los recursos fundados en ese concepto. Pero se termina admitiendo que un “interés dominical” (*proprietary interest*) puede, aun cuando sea revocable en determinados casos, constituir una “posesión” para los efectos del Protocolo (caso *Beyeler vs. Italia*, núm. 33.202/96., &105, TEDH 2000-I).

En los párrafos siguientes el TEDH, aun aceptando que el artículo 1.º del Protocolo no crea por sí mismo un derecho a recibir pensión u otros beneficios sociales y no restringe o condiciona el margen normativo del legislador nacional en materia de prestaciones sociales, puntualiza que un Estado miembro tiene en vigor disposiciones legales que prevén el pago de pensión como derecho de índole social, esas disposiciones deben considerarse “generadoras de un interés dominical comprendido en el “ámbito del artículo 1.º del Protocolo.

Se añade (pfo. 51) que en el supuesto de que una persona no reúna o deje en un momento dado de reunir los requisitos legales para percibir cierta prestación social, no hay “interferencia” con el artículo 1.º del Protocolo, siempre y cuando el cambio legislativo haya tenido lugar antes de que el interesado llegase al estado o situación (es decir a la edad) de acceso a la prestación. Ahora bien se admite acto seguido por el Tribunal que un “interés dominical” reconocido por el ordenamiento nacional puede, incluso si es revocable en algunas circunstancias, constituir una “posesión” a los efectos del Protocolo (ver nuevamente caso *Beyeler*), y se hace referencia a casos en que el Tribunal ha declarado aplicable el Protocolo, aunque los recurrentes, en el momento de presentar el recurso, ya no reunían los requisitos de acceso a la prestación

exigidos por el ordenamiento nacional (se cita como ejemplo el caso *Kjartan Ásmundsson vs. Islandia*, núm. 60.669/00, &40, TEDH 2004-IX).

Llegada a este punto, la exposición reconoce de nuevo un principio general para luego admitir una vez más que en ciertos casos se puede prescindir de la regla, mejor dicho de su aplicación (págs. 52-54). Se empieza en efecto por aceptar que todo Estado es libre de regular las pensiones y demás prestaciones de seguridad social del modo que considere más adecuado según las circunstancias de la sociedad y a la luz esencialmente del “interés general” (*public interest*); más aún, es libre de modificar el régimen cuantas veces lo juzgue oportuno a la vista de los cambios que vayan registrándose en el conjunto de la sociedad, especialmente en las personas necesitadas de ayuda y asistencia (ver caso *Belane Nagy vs. Hungría*, núm. 53.080, &74, de 13 de diciembre de 2016, que por cierto se cita en total cuatro veces). En consecuencia el Tribunal estima que el margen de interpretación y valoración del interés general por el legislador nacional sea realmente amplio. De ahí que cuando un solicitante haya dejado de reunir los requisitos por un cambio en la propia legislación de su país, haya que prestar especial atención a sus circunstancias personales para comprobar si tiene efectivamente “un interés dominical sustantivo” según el ordenamiento nacional, todo ello conforme a los imperativos de seguridad jurídica y de imperio de la ley (*rule of law*).

Sentado el principio, el Tribunal pasa, como adelantábamos, a formular la salvedad, por no decir la excepción, diciendo (págs. 55) “...el artículo 1.º del Protocolo núm. 1 exige que toda interferencia sea razonablemente proporcionada a la finalidad que se pretenda alcanzar... Pues bien, no se entiende conseguido el requisito de un “justo equilibrio” (*fair balance*) si el interesado sufre una carga individual y excesiva” (se cita nuevamente *Belane* contra Hungría).

La resolución pasa (págs. 57) a examinar cómo se aprecia la existencia de un “justo equilibrio”, cosa sólo posible tomando en consideración las circunstancias del caso, por ejemplo el posible efecto discriminatorio para el interesado de la pérdida de los requisitos legales para el acceso a la prestación (de nuevo el caso *Kjartan Ásmundsson*) o la ausencia de medidas transitorias (*Moskal vs. Polonia*, núm. 10.373/05, &K74, 15 de septiembre de 2009), en el que el recurrente había perdido “prácticamente de la noche a la mañana” la totalidad de su derecho a una pensión que constituía su única fuente de ingresos y, con muy escasas perspectivas de adaptar su vida al cambio sobrevenido.

Hasta aquí la exposición de los “principios generales”. El Tribunal pasa a la

b) aplicabilidad de los citados principios al caso presente

El Tribunal acepta que el 25 de julio de 2014, día en que murió el compañero de la Sra. Valverde, es el momento que se debe tomar como referencia (*the trigger event*) para valorar la legislación vigente sobre pensiones de viudedad, y reconoce paladinamente que la pareja se había acreditado como tal sólo tres días antes. Sin embargo estima (págs. 59) que en el caso presente la cuestión esencial del recurso es que en el momento de fallecer su compañero

la Sra. Valverde reunía los requisitos de acceso a la pensión de viudedad antes de que el TC dictara su sentencia de inconstitucionalidad del pfo. quinto del artículo 174.3 LGSS (en vida aún del compañero de la recurrente) y que, por lo tanto, la imposición por el TC a la interesada de un requisito formal más severo “sin ninguna disposición transitoria adecuada” era “desproporcionada” a la luz de las circunstancias.

Según la resolución hay que tener ante todo en cuenta que antes de fallecer el compañero de la recurrente, la pareja cumplía los “demás requisitos legales”, es decir, vida en común durante más de cinco años sin interrupción y “los criterios económicos”, esto es, la modestia o escasez de recursos de la viuda. El otro requisito, el de acreditación formal, se implantó sólo tres meses antes. En consecuencia, el cambio legal sobrevenido con la STC de 11 de marzo de 2014 imponía a una categoría de personas, incluida la recurrente, una condición nueva no previsible. Más aun, la falta de disposición transitoria alguna a raíz de la sentencia constituye a juicio del TEDH el caso de “interferencia” (es decir violación de derechos) objeto del presente recurso y no puede por lo tanto servir de justificación para no aplicar las garantías del artículo 1.º del Protocolo.

El Tribunal concluye (pfo. 64) que “en este caso concreto la recurrente habría podido albergar una “expectativa legítima” de acceso legal a una pensión de viudedad” de lo cual se sigue (pfo. 65) que el artículo 1.º del Protocolo sí es aplicable al caso de autos y que “la objeción preliminar del Gobierno (*sic*) sobre incompatibilidad *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio debe, en consecuencia, ser desestimada”.

La resolución pasa a estudiar el encaje o posibilidad de inclusión del recurso en el artículo 1.º del Protocolo.

c) conformidad con el artículo 1.º del Protocolo núm. 1

Es con gran diferencia la parte más extensa (pfos. 66-82). El Tribunal empieza afirmando categóricamente que la negación de una pensión de viudedad debe ser considerada como una “interferencia en el derecho del cónyuge o miembro superviviente al “disfrute pacífico de sus posesiones” (en otras palabras como intromisión en su derecho a disfrutar pacíficamente de sus bienes en el sentido del primer párrafo del tantas veces citado artículo 1.º del Protocolo núm. 1). Ahora bien el precepto contiene un segundo párrafo que matiza el anterior disponiendo que toda interferencia de esta índole debe justificarse por los criterios de “legalidad”, “interés general” y “proporcionalidad”.

En tres breves párrafos (67-69) el Tribunal estima que las decisiones adoptadas por la Administración a raíz de la STC 40/2011 eran legales y respondían al interés general ya que pretendían poner fin a una diferencia de trato basada en el lugar de residencia. Cosa distinta es que pueda interpretarse el recurso en el sentido de que niega la posibilidad de prever los cambios legislativos sobrevenidos como resultado de la STC 40/2014; en

este punto el Tribunal considera que “la cuestión es inseparable de las relativas a la justificación de las medidas impugnadas...”. El Tribunal concluye lacónicamente (pfo. 70): “Queda, pues, como cuestión principal la de si era proporcionada la interferencia”.

El Tribunal aprecia en primer lugar (pfos. 71-72) que el cambio legislativo determinado por la STC 40/2014 había introducido un nuevo requisito legal “que no podía objetivamente ser satisfecho por la recurrente”. La pareja cumplió “con prontitud” el requisito de formalización, pero el miembro varón falleció a los pocos meses, antes de transcurrir dos años fijados por la ley. En segundo lugar no estaba probado que la reforma legal fuera previsible por personas en las mismas condiciones que la recurrente. Por lo demás (pfo. 72 *in fine*) la prensa “no suele dar publicidad a las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas al TC por otros tribunales” (que era precisamente lo sucedido con la STC 40/2014, dictada en virtud de consulta elevada por la Sala de lo Social del TS).

La resolución se detiene de nuevo (pfo. 73) en la STC 40/2014 para subrayar que sólo surtía efecto *pro futuro*, es decir para procedimientos administrativos o judiciales en los que no hubiera recaído decisión o sentencia, y así lo declaraba la propia STC. Así pues, para el TEDH el caso de la Sra. Valverde quedaba comprendido en esa categoría. En consecuencia, aun siendo cierto que la resolución impugnada por la recurrente era “suficientemente previsible desde una perspectiva cualitativa” (noción que no se explica), no lo era en el caso de autos.

A mayor abundamiento (pfo. 74) las autoridades no habían adoptado las medidas necesarias para evitar que quienes habían cumplido todos los requisitos legales antes del 10 de abril de 2014 (fecha en la que empezó a surtir efecto la STC de referencia), se vieran impedidos imprevisiblemente de tener acceso a La pensión. Sin embargo observa el Tribunal que algunos tribunales españoles sí habían aplicado el principio general *ad impossibilia nemo tenetur*, eximiendo así a varios solicitantes no sólo de la acreditación formal sino también del requisito adicional de haberla efectuado dos años antes como mínimo de la muerte de uno de sus miembros (se remite el TEDH a las tres sentencias que se han resumidos en II, A). La Sra. Valverde se encontraba en una situación análoga, por más que en su caso los tribunales no siguieran la misma argumentación.

El Tribunal reconoce (pfo. 75) que la revocación o anulación de una diferencia de trato ante la ley puede ser un “motivo determinante (*a compelling reason*) de interés general”. Pero puntualiza a continuación que el principio del interés general “no puede prevalecer de modo automático en una situación en la que se imponga al interesado una carga excesiva (*an excessive burden*) como resultado de una medida que le prive de su expectativa legítima”, tanto más cuanto que, como también alegaba la Sra. Valverde, el interesado es una mujer, que, por serlo, se halla en una situación desfavorable o vulnerable de dependencia económica ante su pareja.

Acepta asimismo la resolución (pfo. 77) que el requisito de acreditación de la pareja dos años antes como mínimo del fallecimiento de uno de sus miembros es “en realidad una salvaguardia adicional que permite a las autoridades prevenir el fraude y hacer que las pensiones de supervivencia (*sic*) se concedan únicamente conforme a la finalidad que pretenden” es decir proteger al miembro de una pareja estable que se encontraba en dependencia económica respecto al miembro fallecido. Pero en el caso presente nadie ha insinuado siquiera que la pareja había formalizado su unión sólo tres meses antes de fallecer uno de los miembros. Concluye el Tribunal (pfo. 77 *in fine*) que esos tres meses que tardó la pareja en acreditar su unión no pueden considerarse como algo “no razonable”. En definitiva, concluye el Tribunal (pfo. 78 *in fine*) con reiteración a nuestro juicio innecesaria que “...el criterio determinante es si la aplicación del requisito formal de acreditación dos años antes de la muerte sin haberse establecido un período transitorio para permitir a los interesados cumplir con la ley, impuso carga excesiva a la solicitante”.

En cuanto a la primera interrogante el Tribunal señala (pfo. 79) que el legislador nacional no compensó ni alivió “con medidas positivas” la falta de período transitorio alguno que permitiese a las parejas no casadas hacer los trámites necesarios para permitirles el acceso a la pensión de “supervivencia”, y que por su parte el “Gobierno” (es decir procesalmente el Estado) no explicó “por qué el interés general de poner fin a una situación en la cual los residentes en otras partes de España eran tratados menos favorablemente, pues también les era aplicable el requisito de inscripción registral, no había podido conseguirse sin imponer unas consecuencias tan graves a la solicitante”. Se concluye en este punto (pfo. 79 *in fine*) que no se han hallado “motivos imperiosos de interés general que justificaran el no establecimiento de un período transitorio para que la solicitante y personas de su misma categoría pudiesen cumplir los requisitos en un plazo razonable y no se vieses inmediatamente impedidos de tener acceso a la pensión”.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión el Tribunal constata que la falta de un período transitorio para cumplir los nuevos requisitos abocó de hecho a que la solicitante se viese “impedida, de una vez y para siempre” del acceso a una pensión de viudedad. La solicitante no había tenido siquiera la posibilidad de dar cumplimiento a las exigencias sobrevenidas por la sencilla razón de que en su caso concreto habían resultado ser “de imposible cumplimiento” (*of impossible observance*).

A modo de resumen final (pfo. 81) el Tribunal concluye, sin perjuicio de reconocer que los Estados firmantes del Convenio tienen un “amplio margen de apreciación” en la elección de las medidas reguladoras de las pensiones y en la corrección de tratamientos anteriores desiguales, que en el caso presente “no parece haber existido urgencia especial (*no particular urgency*) que justificara una negativa a prever un régimen transitorio, habida cuenta de la existencia de unas expectativas legítimas”. Por lo tanto la finalidad en sí misma legítima de las medidas impugnadas no puede justificar la

ausencia de mecanismos transitorios apropiados para situaciones como la de la solicitante, ausencia que ha tenido por resultado que la interesada se viera privada de su legítima expectativa de recibir la prestación de “supervivencia”. Tal “interferencia” en los derechos de la solicitante es, según la resolución, “desproporcionada e incompatible con la preservación de un equilibrio justo entre los intereses de las partes en presencia”. En consecuencia (pfo. 81) “ha habido infracción del artículo 1.º del Protocolo núm. 1”.

Tras esta exposición, el Tribunal pasa a dictar su fallo.

IV. FALLO

El Tribunal constata en primer lugar (pfos. 84-85) que la recurrente no ha presentado reclamación alguna de índole pecuniaria o no pecuniaria y se abstiene por lo tanto de todo pronunciamiento en este sentido. En cualquier caso, según el Tribunal (pfo. 86), la forma más adecuada de reparación en un caso como el de autos, consistiría en “hacer que el demandante quede, en lo posible, en la situación en la que habría estado de no haberse infringido la disposición”(es decir la que regula el derecho a pensión de viudedad). En este punto el Tribunal observa que el derecho positivo español prevé la posibilidad de revisar sentencias o decisiones definitivas que el Tribunal haya declarado contrarias a derechos amparados por el Convenio, “siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, tenga efectos persistentes y no quepa detenerla de otro modo que no sea su revisión por los tribunales”.

En conclusión, el Tribunal:

1. DECLARA, por mayoría de sus miembros, admisible el recurso;
2. FALLA por cuatro votos contra tres, que se ha cometido una violación del artículo 1.º del **Protocolo núm. 1 del Convenio**,

HECHA en inglés y comunicada por escrito el 26 de enero de 2023, conforme al artículo 77 && 2 y 3, del Estatuto del Tribunal.

V. VOTOS PARTICULARES

5.1. Voto conjunto de conformidad de las magistradas Sras.

María ELÓSEGUI y Katerina SIMACKOVA

Las firmantes se declaran ante todo tan breve como categóricamente conformes con el fallo de existencia de violación del artículo 1.º del Protocolo núm. 1, pero expresan inmediatamente su “pesar” (*regret*) porque, a

su juicio, el Tribunal ha pasado “por alto” la alegación de la recurrente de que se ha infringido respecto a sus “derechos dominicales” la prohibición de discriminación del artículo 14 del Convenio. Este caso representa según ellas” un ejemplo típico de concepción androcéntrica del derecho y falta de sensibilidad con la trayectoria vital de las personas de condición más débil en lo social y en lo societario, que muy, probablemente son mujeres”.

Se refieren ambas magistradas a continuación a la STC 40/2014. Según ellas, el TC se pronunció sin tomar en consideración la importancia de una pensión en la vida de las personas afectadas. A partir de estadísticas facilitadas por el INSS a petición del TEDH las mujeres en España perciben el 92 (noventa y dos) por 100 de las pensiones, pero el 40 (cuarenta) por 100 de las mujeres no cobran pensión alguna por no haber contribuido lo suficiente durante su vida activa.

A continuación se insiste en algunos de los hecho y argumentos expuestos en la sentencia, sin aportar ningún elemento nuevo, (con la salvedad que más adelante indicamos). Las objetoras subrayan en particular las que la Sra. Valverde cumplió —y esto nadie lo había negado— todos los requisitos, salvo el del plazo mínimo de dos años desde la acreditación formal hasta la muerte del compañero, exigencia esta que la recurrente no podía conocer de antemano y que además resultó irrealizable por sobrevenir el fallecimiento antes de cumplirse los dos años. Y esto se debió “enteramente” a la falta de disposiciones transitorias para las personas afectadas por la nueva condición de acceso a la pensión.

Las dos magistradas abordan de nuevo más adelante el efecto discriminatorio, según ellas, de la sentencia, alegando que el “único grupo de población afectado gravemente por el cambio en la reglamentación eran las mujeres no casadas y dependientes, como se había demostrado por el hecho mismo del sexo y la vida de la propia recurrente y de otras mujeres en circunstancias análogas.

Afirman además que toda medida general que tenga efectos “desproporcionadamente perjudiciales para un grupo en particular” puede ser calificada de discriminatoria, aun cuando no haya existido intención discriminadora que este ha sido el caso de la recurrente por no haber previsto las autoridades españolas el perjuicio que se le irrogaba.

Hacia el final de su exposición sostienen las objetoras que contra la opinión de quienes entienden que el artículo 14 del Convenio no es aplicable al caso presente a la vista de la jurisprudencia del propio TEDH, es precisamente la “conjunción” con el artículo 14 lo que amplía la aplicabilidad de esa jurisprudencia. La aplicación del artículo 14 no presupone necesariamente una violación de alguno de derechos sustantivos amparados por el Convenio. Es necesario y a la vez suficiente obligar a los Estados contratantes a garantizar “los derechos adicionales, siempre que caigan en el ámbito de cualquier artículo del Convenio, que un Estado haya decidido voluntariamente amparar (se citan cuatro sentencias del TEDH).

Después de señalar brevemente que el caso de autos está comprendido en el ámbito de protección del derecho de propiedad, las firmantes terminan expresando su convicción de que la recurrente recibirá por fin su pensión.

5.2. Voto conjunto de disidencia de los magistrados Mattias GUYOMAR, Georges RAVARANI (Presidente) y Carlo RANZONI

Los tres firmantes (lógicamente los discrepantes en la votación del fallo) empiezan “lamentando” no poder seguir a la mayoría en su fallo de que ha habido violación del artículo 1.º del Protocolo núm. 1 del Convenio. Sin perjuicio de recordar que ellos mismos votaron que sí se había cometido esta infracción en un fallo aún reciente (*Domenech Aradilla y Rodríguez González vs. España*, núms. 32.668/19 y 30.807/20, 19 de enero de 2023), afirman que el citado precepto no es aplicable a las circunstancias de la Sra. Valverde.

A continuación señalan los disidentes que la cuestión fundamental en el presente caso es la noción de “expectativa legítima”, y en este punto señalan que para que una expectativa legítima pueda equipararse a un “interés” amparado por el artículo 1.º citado, esa expectativa debe constituir “un activo” (*an asset*); según la jurisprudencia del TEDH ningún recurrente puede invocar una “expectativa legítima”, a menos que se trate de una pretensión que se pueda ordinariamente hacer efectiva” (*a currently enforceable claim*) y que esté suficientemente probada. En el presente caso se está simplemente ante “una pretensión condicional” (*a conditional claim*) que decae por no cumplirse una de las condiciones legalmente establecidas y que, por lo tanto no puede considerarse “posesión” en el sentido del artículo 1.º. Esa “condición” no cumplida es, como se recuerda a continuación, el transcurso preceptivo de dos años entre la acreditación de la pareja y la muerte de uno de sus miembros, requisito que, como también ser reconoce, no se pudo cumplir “debido a las trágicas circunstancias del caso”.

Los disidentes pasan a resumir la “línea de razonamiento” de la mayoría del Tribunal en cuanto a la aplicabilidad del artículo 1.º del Protocolo, contra la posición del Estado como parte recurrida.

a) La sentencia reconoce que en principio, la fecha para determinar si la recurrente cumplía o no los requisitos era la del fallecimiento del causante y, que en ese momento no se había cumplido el requisito de dos años como mínimo desde el acto de inscripción registral.

b) La sentencia afirma que el nudo de la pretensión de la recurrente es que ella cumplía los requisitos ya antes de la STC 40/2014, que tuvo por resultado, al no dictarse medidas transitorias, la imposición de unas condiciones más severas que podían, por lo tanto, considerarse como “desproporcionadas”.

c) La resolución constata que la recurrente reunía los demás requisitos antes de examinar si en consecuencia podía considerarse o no que la recurrente tenía “una expectativa legítima” en la fecha de entrada en vigor de la nueva norma;

d) La sentencia expone el núcleo de la argumentación mayoritaria. Primero, que antes del cambio operado por la STC la recurrente tenía derecho a pensión, más aún podía contar con ella, en el caso de que falleciera su pareja. Segundo, que tras la entrada en vigor del cambio, la pareja sí intentó cumplir el nuevo requisito inscribiéndose registralmente. Tercero, que el cambio imponía a determinada categoría de posibles, entre ellos la recurrente, un nuevo requisito cuya realización no era previsible y que a falta de un período transitorio, no se podía cumplir una vez que entrara en vigor el nuevo régimen. De todo esto concluye la mayoría que en el caso concreto de autos la recurrente podía razonablemente albergar “una expectativa legítima de acceso a pensión de supervivencia” y que le era por ende aplicable el artículo 1.º del Protocolo núm. 1.

A juicio de la minoría disidente la conclusión parte de una premisa falsa. Si bien en un caso anterior por los propios firmantes, concretamente *Domenech Aradillas* y *Rodríguez González* ellos mismos habían votado a favor de la aplicabilidad del artículo 1.º, en el caso de autos no procedía aplicarlo, porque en el asunto de referencia los solicitantes de pensión (y luego recurrentes) sí tenían una expectativa legítima por cuanto el fallecimiento del causante había sucedido antes de dictarse la STC 40/2014, mientras que en el caso de la Sra. Valverde la muerte de su compañero sobrevino con posterioridad. Más aun, añaden los firmantes, incluso mientras vivía su compañero, y antes de la STC, la recurrente no tenía un “derecho ordinariamente ejecutable” en el ámbito del Protocolo núm. 1, sino únicamente una posibilidad (*a prospect*), ni siquiera una expectativa legítima, cuya realización presuponía un acontecimiento concreto, a saber la muerte de su compañero. Con la STC entró en vigor un nuevo requisito que privaba a la recurrente del derecho a pensión al fallecer su compañero antes de transcurrir dos años desde la inscripción registral como pareja. Así, pues, el óbito no resultó suficiente para “cristalizar” una expectativa legítima equiparable a la “posesión” en el sentido del artículo 1.º del Protocolo.

Los firmantes se hacen cargo del “sentimiento de injusticia” causado a la recurrente por la “aplicación inmediata” de una norma nueva y más rigurosa sin disposición transitoria alguna. “Una injusticia”, añaden, que se habría podido remediar en buen número de casos “sobre la base de una estricta responsabilidad de las autoridades” (suponemos que se refieren a la figura de responsabilidad de la Administración Pública), pero insisten en que no se puede hablar de “posesión” de un derecho a la luz de los antecedentes aportados por la recurrente. Se apoyan finalmente a título de precedente en

la sentencia *Richardson vs Reino Unido*, núm. 25.252/08, de 10 de abril de 2012) del propio TEDH, donde se dice: “Sin embargo, cuando el interesado no reúne o deja de reunir los requisitos establecidos en el ordenamiento nacional, no hay interferencia con los derechos amparados por el artículo 1.º del Protocolo núm. 1” (pfo. 17). En estas circunstancias, comentan los disidentes, juzgar aplicable el artículo 1.º al caso presente “va más allá y supone un nuevo paso, que es de lamentar, en la expansión continua del concepto de “posesión” a los efectos de dicha disposición”.

Terminan los votantes minoritarios expresando su “temor” (*We fear that...*) de que el planteamiento adoptado por los votantes mayoritarios entrañe un riesgo, más allá de las circunstancias “muy especiales del caso presente”, de que la protección que ofrece el artículo 1.º del Protocolo núm. 1 pueda, en último término, por una interpretación excesivamente amplia de su ámbito material, obstaculizar la capacidad de las autoridades competentes de reformar su sistema de seguridad social o de modificar la legislación de pensiones.

VI. COMENTARIOS A LA SENTENCIA Y A LOS DOS VOTOS PARTICULARES

Como anunciamos al principio, analizaremos juntamente los tres pronunciamientos, centrándonos en los argumentos o alegaciones principales (que por otra parte han sido sustancialmente los mismos, salvo excepción), no sin antes hacer unas breves consideraciones de índole formal.

6.1. Observaciones formales

La primera observación es que la sentencia y en menor medida los dos votos particulares resultan excesivamente largos, premiosos por momentos, para la exposición de unos razonamientos no muy numerosos y al fin y la postre bastante claros y sencillos en lo conceptual, con independencia de su mayor o menor validez jurídica y de su interés social (más aun humano) en varios aspectos. Entendemos en particular que los “Principios generales” expuestos en los párrafos 48 al 57 se habrían podido reducir a la mitad y nos atreveríamos a decir lo mismo en los párrafos 58 al 82 sobre aplicabilidad del artículo 1.º del Protocolo, tanto más cuanto que se repiten a menudo los mismos argumentos (a veces casi literalmente). El segundo voto particular (el de los tres disidentes) adolece hasta cierto punto del mismo defecto (mejor dicho exceso) al exponer que no tenía siquiera expectativa legítima de éxito.

6.2. Consideraciones sustantivas

PRIMERA.- (aunque no necesariamente la decisiva en nuestra valoración de conjunto). Nos declaramos conformes en lo fundamental con el segundo voto particular. Compartimos, en efecto, su oposición al fallo, por cuanto la recurrente ya no tenía derecho a pensión de viudedad según la legislación vigente en la fecha de fallecimiento de su compañero. Es en el fondo el mismo argumento (si bien con otras palabras) que el de los disidentes, quienes se centran (a nuestro juicio con acierto) en la STC 40/2014, de 11 de marzo, como hecho determinante, en último término, de la negativa del INSS a la solicitud de la Sra. Valverde, que tuvo con posterioridad.

SEGUNDA.- Declaramos asimismo nuestra total disconformidad con el primer voto particular sobre presunta discriminación contra la Sra. Valverde (que invoca el art. 14 del Convenio), cargo que hace suyo en gran parte el fallo del caso. Nadie ha probado (ni siquiera ha intentado seriamente probarlo) que la negativa de pensión a la recurrente haya obedecido a razones de sexo o, como se dice ahora de género.

TERCERA.- Si se nos permite una nota de ironía ácida (sin acusar ni menospreciar a la Sra. Valverde, que actuó de buena fe en todo momento), sí habría habido discriminación, pero a favor de la recurrente, no en contra de ella, de no haber sido anulado por la STC 40/2014 el artículo 174.3 del Código Civil catalán, que otorgaba a los residentes en Cataluña condiciones bastante menos rigurosas para el derecho a pensión de viudedad (en materia de tiempo de convivencia como de fecha o plazo de acreditación) que las establecidas con carácter general por la LGSS para los residentes en las CC.AA. sin derecho civil propio (la gran mayoría en número y en población).

CUARTA.- En cuanto a la aplicabilidad del artículo 1.º del Protocolo núm. 1 al caso presente, uno de los argumentos principales de la recurrente (formulado en conexión con el de presunta violación del artículo 14 del Convenio, al que hemos aludido), rechazado de plano por la representación del Estado, recogido sin reservas (con gran detenimiento) por el fallo mayoritario, pero rechazado categóricamente por los tres firmantes del segundo voto particular, opinamos nuevamente en contra del fallo, y a favor por ende del parecer de los tres disidentes. Entendemos en efecto que el Protocolo no es aplicable al recurso de la Sra. Valverde por las razones que se exponen a continuación.

QUINTA.- El artículo en cuestión habla estrictamente de derecho de toda persona física o moral al “respeto de sus bienes” y prohíbe toda privación arbitraria de la propiedad. Pero la jurisprudencia del TEDH, según se deduce de los extensos considerandos del fallo, extiende su ámbito de aplicación a todo lo que, en expresión del propio Tribunal, constituya “posesión” o en términos

mucho más generales “derechos de propiedad” o “derechos patrimoniales” o intereses económicos, llegando incluso a incluir las “expectativas legítimas” de obtener un beneficio o prestación material a la que se crea tener derecho. Precisamente con base en la noción de “expectativa legítima” (entre otros motivos) ha fallado el Tribunal a favor de la recurrente.

SEXTA.- Una vez más, aun siendo conscientes de que se nos pueda achacar estrechez de criterio jurídico o insensibilidad con la situación de la recurrente al negársele la pensión, rechazamos los razonamientos del Tribunal sobre aplicabilidad del Protocolo a la pretensión de la recurrente, ya que, por mucho que se pretenda ensanchar, con una finalidad loable de ayuda a una persona necesitada (*favorabilia sunt amplianda*) el marco del artículo 1.º, resulta ilógico incluir en él la solicitud de una pensión de viudedad que, por fundada que pueda ser jurídica y moralmente, nada tiene que ver con la noción de propiedad o derechos propietarios o patrimoniales y por lo tanto, tampoco con la de expectativa.

En conclusión, estamos de acuerdo con la representación del Estado de que no procede *ratione materiae* aplicar en este caso el Protocolo.

SÉPTIMA.- Con lo que antecede, podríamos, más aún deberíamos en teoría, dar por finalizada nuestra exposición., una vez que nos hemos opuesto no sólo al fallo, sino también a sus considerandos principales. Pero no podemos hacerlo —por imperativo— a la vez jurídico y moral, porque el fallo contiene, justo es reconocerlo, argumentos válidos en derecho, aunque a nuestro juicio insuficientes, y porque el caso presenta, como lo han reconocido tanto los disidentes como los cuatro magistrados mayoritarios, un problema humano y en definitiva social que explica precisamente el estrecho margen de la votación final (cuatro votos contra tres).

OCTAVA.- El argumento principal es que el requisito de transcurso mínimo de dos años entre la inscripción registral de la pareja y la muerte de uno de sus miembros, fundado por lo demás en la lógica preocupación del INSS por evitar fraudes en materia de pensiones resulta aleatorio y en algunos casos, como precisamente el de la Sra. Valverde, imposible de cumplir (*ad impossibilia nemo tenetur*). No se puede en efecto prever cuándo va a suceder el hecho causante (*the trigger event*) del derecho a pensión, salvo en casos excepcionales.

NOVENA.- Tanto el fallo como los dos votos particulares han apreciado, —y censurado con mayor o menor severidad—, la ausencia de medidas transitorias por parte de la Administración inmediatamente después de publicarse la STC 40/2014 para dar a las parejas que, como la Sra. Valverde, residían en CC. AA. con derecho civil propio y régimen específico de acceso a pensión, la oportunidad de adaptar su situación al cambio legislativo

sobrevenido. Aunque apenas se emplea literalmente el término de “seguridad jurídica” (*legal certainty*), queda claro el reproche de todos los miembros del TEDH por la indefensión en la que quedaba la recurrente (señalemos por nuestra parte que el principio de seguridad jurídica se reconoce expresamente en la CE, cuyo artículo 9 dice: “La Constitución garantiza... la seguridad jurídica.”).

DÉCIMA.- Parece meridiano que estas dos últimas consideraciones, unidas a la principal (que, como queda dicho, negamos) de aplicabilidad del Protocolo, han inspirado el fallo a favor de la recurrente. En definitiva el TEDH ha dictado un fallo más bien humano o si se prefiere, humanitario que estrictamente ajustado a derecho, lo que nos mueve a unas reflexiones finales que desarrollamos en el próximo y último párrafo.

UNDÉCIMA.- Todo lo que antecede nos lleva a una conclusión: el TEDH, haciéndose cargo de las circunstancias personales y sociales de la recurrente, ha dado prioridad a la equidad sobre la legalidad, a la justicia social sobre la ley, tratando de remediar así lo que, por imprevisión debida a la incompetencia o por falta de sensibilidad el legislador o más probablemente el propio INSS no evitó dictando las medidas transitorias que habrían podido resolver situaciones como la de autos. Personalmente celebramos como ciudadanos o simplemente como seres humanos lo que como juristas no podemos aprobar. Sólo nos queda esperar que la Administración española actúe en lo sucesivo con rigor jurídico y a la vez con flexibilidad humanitaria para evitar que el TEDH, como previenen los tres disidentes, entorpezca, coarte o condicione su labor.