

## La denegación del matrimonio por el rito gitano como elemento de acceso a la pensión de viudedad: ni como matrimonio, ni como pareja de hecho

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 58/2018, de 25 de enero](#)

**Eva María Blázquez Agudo**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.  
Universidad Carlos III de Madrid*

### 1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL. LAS DOS POSIBLES VÍAS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE VIUEDAD: MATRIMONIO O UNIÓN DE HECHO

El [artículo 219 de la Ley General de la Seguridad Social](#) –LGSS– concede la pensión de viudedad a aquellos sujetos que estuviesen unidos por nexo matrimonial con el causante. Por otra parte, la [Ley 40/2007, de 4 de diciembre](#), de medidas en materia de Seguridad Social, amplió el ámbito subjetivo de la prestación y reconoció el beneficio también a las parejas de hecho, no a todas, sino solo a las que cumplan ciertas notas que acrediten su estabilidad. Como extensión del derecho de los cónyuges, asimismo pueden ser beneficiarios de la prestación los excónyuges, siempre y cuando en el momento del fallecimiento se pierda el derecho a una pensión compensatoria que abonaba el causante hasta este momento.

A continuación, desde estas dos vías posibles hay que valorar por cuál de ellas se podría reconocer el derecho a la viudedad a dos contrayentes de matrimonio celebrado por el rito gitano, al que no se reconoce efectos civiles.

En el caso del acceso a la pensión de viudedad por los cónyuges, en principio, se demanda que el matrimonio contraído tenga efectos civiles. Aunque, si bien es verdad, en ocasiones se ha reconocido el derecho basado en un matrimonio canónico pese a no haber sido inscrito en el Registro Civil ([Sentencias del Tribunal Constitucional –TC– 260/1988, de 22 de diciembre](#); [180/2001, de 17 de septiembre](#), y [199/2004, de 15 de noviembre](#)) y en matrimonios celebrados por ritos de otras religiones, por ejemplo los oficiados por la iglesia islámica, israelita o evangélica. Asimismo, se ha concedido la pensión de viudedad fundamentada en matrimonios

celebrados en el extranjero, siempre con ciertos requisitos, incluso cuando no están inscritos en nuestro registro con base en el propio reconocimiento recíproco del mismo valor de las uniones matrimoniales celebradas en España [Sentencias del Tribunal Superior de Justicia –TSJ– del País Vasco de [25 de febrero de 2014 \(rec. 316/2014\)](#) y de Cataluña de 20 de enero de 2014 (rec. 379/2014)]. Frente a estos reconocimientos, no se ha entendido que el matrimonio celebrado por el rito gitano tenga iguales efectos. En este sentido se pueden consultar las Sentencias del TSJ de la Comunidad de Madrid de [7 de noviembre de 2002 \(rec. 4445/2002\)](#), y del [TC 199/2004, de 15 de diciembre](#).

Si se entiende que no es posible la equiparación del matrimonio gitano al matrimonio civil a estos efectos, habrá que examinar la opción de beneficiarse de la pensión de viudedad como pareja de hecho. En este caso, las exigencias de acceso son mayores. Así, es preciso: a) que estén constituidas por análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes no estén impedidos para contraer matrimonio por mantener vínculo matrimonial con otra persona; b) la acreditación de la convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a 5 años; c) la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja con una antelación mínima de 2 años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante; d) la prueba de la carencia de recursos.

En este contexto hay que dejar claro que uno de los problemas más debatidos del acceso a la pensión por convivientes es si los requisitos de convivencia estable y notoria con una duración no inferior a 5 años y el trascurso de 2 años desde el momento de la inscripción en registro público o desde la acreditación de su existencia en documento público son cumulativos o alternativos. En este sentido, por ejemplo, se pronunció la [Sentencia del TC 40/2014, de 11 de marzo](#), señalando su naturaleza cumulativa: en el primer caso, como condición material para probar la estabilidad y, en el segundo caso, como condición formal de acreditación de su constitución con una forma análoga a la relación de afectividad conyugal. Esta ha sido la doctrina seguida posteriormente por el Tribunal Supremo –TS–, así, por ejemplo, en las Sentencias de [20 de julio de 2010 \(rec. 3715/2009\)](#), [8 de noviembre de 2016 \(rec. 3469/2014\)](#) o [7 de diciembre de 2016 \(rec. 3765/2014\)](#), entre muchas otras.

De acuerdo con esta vía, la otra opción posible, por tanto, es valorar a las parejas que han contraído matrimonio por el rito gitano como uniones de hecho a la hora de acceder a la pensión de viudedad. Obviamente, tendrán que cumplir todos los requisitos señalados por la ley. En este caso, el problema no será la acreditación de la convivencia ininterrumpida durante, al menos, 5 años, sino la necesaria formalización, difícilmente concebible para quien se considera a sí mismo cónyuge, al haber contraído matrimonio según su propia cultura y tradiciones, muy arraigadas en el caso de esta etnia, tal y como ha señalado la [Sentencia del TSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2014 \(rec. 268/2014\)](#), que deniega tal pensión.

## 2. BREVE SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

La [Sentencia del TS de 25 de enero de 2018](#) resuelve un supuesto planteado sobre dos personas unidas por matrimonio de acuerdo con los usos y costumbres gitanos cuando al fallecimiento de una de ellas la otra solicita pensión de viudedad ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS– y le es denegada por no haberse constituido como pareja de hecho ante registro con 2 años de antelación.

Sin embargo, en el momento del óbito, en 2014, queda acreditado que han convivido en el mismo domicilio durante, al menos, 15 años y, asimismo, tienen 5 hijos comunes, como consta en su Libro de Familia, donde ambos progenitores figuran como solteros. En dicho documento, por un lado, ambos reconocen a uno de sus hijos como hijo natural, declarando formalmente y bajo su responsabilidad que al tiempo de su concepción tenían capacidad legal para contraer matrimonio; por otro, respecto a otras 2 hijas, se recoge que no existe en el momento de su nacimiento nexa matrimonial entre los progenitores y finalmente en el apartado de observaciones así lo manifiestan los propios padres.

Cuando el Juzgado de lo Social, en la misma línea que el INSS, deniega el derecho a la solicitante, el TSJ de Andalucía/Granada vuelve a analizar el supuesto y, en esta ocasión, falla de manera contraria, estimando el recurso de suplicación y reconociendo el derecho a la pensión de viudedad. La decisión se basa en la aplicación extensiva de la doctrina que se siguió en la [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– de 8 de diciembre de 2009 \(caso Muñoz Díaz vs. España\)](#). Se entiende que si se deniega la prestación, se podría interpretar que se está discriminado por razones étnicas y/o culturales a la demandante, dado que existe un Libro de Familia donde se acredita la convivencia de la pareja en el mismo domicilio hasta el momento del fallecimiento del causante con, al menos, una duración mínima de 15 años y, además, tienen 5 hijos comunes y no se puede deducir que se haya fingido el matrimonio por el rito gitano con el fin de cobrar una pensión de viudedad en el futuro.

Frente a esta decisión, el INSS recurre en casación entendiendo que no es aplicable a este supuesto la sentencia del TEDH mencionada y que debe seguirse la doctrina recogida en la [Sentencia del TSJ de Galicia de 27 de marzo de 2013 \(rec. 4657/2010\)](#), donde, en un caso similar, se rechaza la concesión de la pensión de viudedad. En concreto, se trataba de una viuda unida por el rito gitano cuya convivencia con el causante había durado 24 años de forma ininterrumpida, que tenía 2 hijos comunes y que estaba en posesión de un Libro de Familia en el que figuraban como progenitores ella y el causante.

## 3. ASPECTOS CLAVE DE LA FUNDAMENTACIÓN JUDICIAL

Aunque el Ministerio Fiscal entiende aplicable al supuesto examinado en este comentario, la [Sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 2009 \(caso Muñoz Díaz vs. España\)](#), dado que se trata igualmente de una pareja de etnia gitana con varios hijos en común y así se refleja en el Libro de

Familia, lo que generó a la interesada la legítima expectativa de ser considerada esposa a todos los efectos, la [Sentencia del TS analizada](#) no concluye en el mismo sentido.

Así, antes de continuar con el análisis de la sentencia objeto de este comentario, es esencial hacer un alto y examinar la doctrina contenida en la [Sentencia del TEDH de diciembre de 2008](#). En ella se estimó la pretensión de reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad de la demandante casada por el rito gitano en un supuesto similar al que se analiza en la [Sentencia del TS de 25 de enero de 2018](#). Se trataba de una pareja unida por matrimonio celebrado por el rito gitano, con varios hijos comunes y que contaban con un Libro de Familia, una cartilla de la Seguridad Social y el reconocimiento como familia numerosa. No obstante, esta sentencia no resuelve este supuesto desde la idea de reconocer efectos civiles al matrimonio celebrado por el rito gitano con la consecuencia directa de abrir el derecho a la pensión de viudedad. El tribunal no considera dicho matrimonio como matrimonio válidamente celebrado para desplegar los mismos efectos jurídicos que las uniones matrimoniales celebradas de acuerdo con las normas del [Código Civil](#).

Tampoco entiende que esta opción signifique una violación del derecho a contraer matrimonio del artículo 12 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) ni una forma de discriminación racial, prohibida por el artículo 14 de ese mismo [convenio](#). Parte de la consideración de que el matrimonio civil en España está abierto a todos los ciudadanos, por lo que su regulación no implica ningún tipo de discriminación por motivos religiosos o de otra índole. De forma que los contrayentes eran libres de haber contraído matrimonio civil, además de haberlo celebrado mediante el rito gitano.

Al margen de esta línea de análisis, la resolución favorable a la concesión de la pensión de viudedad se fundamentó en la confianza legítima por parte de la actora en que el propio Estado le había conferido administrativamente efectos a su matrimonio, creyendo de buena fe que estaba casada. El tribunal europeo concluyó que la falta de reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad constituía una diferencia de trato en relación con el otorgado, por la ley o la jurisprudencia, a otras situaciones que deben ser consideradas equivalentes a efectos de la buena fe, por ejemplo, la existencia de un matrimonio que luego se califica como nulo de acuerdo con la normativa recogida en la propia [LGSS](#) o el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad en el caso de matrimonios canónicos no inscritos en el Registro Civil en la [Sentencia del TC 199/2004, de 15 de noviembre](#).

En este sentido, el propio TEDH ya se había manifestado en otras ocasiones sobre la vulnerabilidad de la etnia gitana, señalando que era preciso adaptarse a su propio modo de vida [[Sentencia del TEDH de 25 de septiembre de 1996 \(caso Buckley vs. Reino Unido\)](#)], así como tener en cuenta el [Convenio-marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales](#), donde se recoge que los Estados parte están obligados a valorar las condiciones específicas de las personas pertenecientes a minorías nacionales. Esta doctrina y regulación se reconoció plenamente aplicable a este caso, donde hay que poner en valor la evidencia de la mujer que contrae matrimonio y entiende que tiene el mismo valor que el regulado en el Registro Civil.

En definitiva, el reconocimiento de la pensión no se fundamentaba ni en reconocer efectos civiles al matrimonio celebrado por el rito gitano ni en entender que se trataba de una pareja de

hecho (cuestión que en ese momento legislativo no era posible como vía de acceso a esta protección), sino de acuerdo con la buena fe de la demandante que creía que estaba casada debido al valor que su propia comunidad otorga a dicho matrimonio y a los documentos donde se recogía su relación (Libro de Familia y cartilla de la Seguridad Social).

Teniendo en cuenta la doctrina sentada por la sentencia del TEDH, el TS declara en la [Sentencia de 25 de enero de 2018](#) que no se está ante el mismo caso, dado que en la demanda no se alude a la eficacia jurídica del matrimonio gitano, sino a la existencia de pareja de hecho, justificación que en ningún caso se hubiese podido aplicar en el supuesto de hecho analizado por la sentencia del TEDH, puesto que la ampliación del ámbito subjetivo de protección de la ley a las uniones de hecho fue posterior. En este sentido, ya ha venido denegando el TS la utilización de la sentencia del TEDH como sentencia de contraste en otros supuestos similares a este, alegando que no se trata el mismo asunto, sino que en todos ellos se analiza la existencia de la pareja de hecho para beneficiarse de la pensión de viudedad. Así, por ejemplo, se pueden consultar los Autos de [17 de enero de 2018 \(rec. 3322/2017\)](#) o de [8 de noviembre de 2017 \(rec. 1934/2017\)](#).

Aun así, tampoco se podría aplicar dicha doctrina sobre la buena fe de la interesada que se recoge en la [Sentencia del TEDH del caso Muñoz Díaz vs. España](#), continúa la sentencia, ya que en el Libro de Familia en este nuevo supuesto consta expresamente la cualidad de «solteros» de los unidos por matrimonio gitano y de «extramatrimoniales» de sus hijos comunes.

Por lo que, reconducida la solicitud a la acreditación de la existencia de una pareja de hecho, se debe denegar el derecho a la pensión de viudedad, ya que no se cumple con todas las condiciones exigidas por la norma. Así, aunque se acredita la convivencia por más de 5 años, sin embargo, no se puede aportar el segundo requisito (la inscripción en registro o constatación por documento público de la existencia de una unión de hecho, con una anterioridad de, al menos, 2 años en el momento del fallecimiento del causante). Es decir, cumple con la condición material, pero no con la formal. Y es por este motivo por el que se deniega el acceso al beneficio.

Y, además, recuerda la sentencia que no se está discriminando a esta minoría, dado que la regulación actual de la pensión de viudedad es neutra desde el punto de vista racial y, por otro lado, otra consideración significaría hacer de peor condición a aquellos que por razones ideológicas no quieren inscribirse como pareja de hecho, aunque pueden demostrar que ha existido una larga convivencia entre las partes. En definitiva, parece que si no se exime la acreditación de los dos condicionantes (convivencia y registro) en ningún caso, tampoco debe hacerse en este.

#### 4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA Y POSIBILIDAD DE CONSOLIDACIÓN FUTURA

De acuerdo con la [nueva sentencia del TS](#), parece que debe entenderse superada la aplicación de la doctrina del TEDH del [caso Muñoz Díaz](#), en cuanto a que ya el análisis de la cuestión del acceso a la pensión de viudedad por los unidos por matrimonio gitano no se encuentra en

el reconocimiento de efectos de dicho matrimonio, ni en la confianza en la apariencia de tal de acuerdo con diversos factores, tales como la tenencia de documentos que le concedan aspecto de grupo familiar. En esta dirección, se ha movido el TS en los supuestos que enjuician este asunto, denegando la admisión de la sentencia del TEDH como sentencia de contraste.

Por lo tanto, el análisis se traslada ahora a la acreditación de su relación como pareja de hecho, para lo cual, el TS, nos vuelve a recordar la necesidad de acreditar el requisito material (la convivencia estable durante, al menos, 5 años) y el formal (la constitución como tal ante registro o por documento público con 2 años de antelación al hecho causante).

No obstante, esta sentencia tiene un interesante voto particular de la magistrada excelentísima señora doña María Lourdes Arastey, al que se adhiere la magistrada excelentísima señora doña María Luisa Segoviano, que puede aportar una nueva interpretación al requisito formal (inscripción en registro o acreditación en documento público) de las parejas de hecho en estas circunstancias concretas.

Se parte de la misma base que en la sentencia: no se está aquí ante la situación enjuiciada en el [caso Muñoz Díaz](#), sino que se trata de analizar si a los unidos por matrimonio del rito gitano se les puede reconocer como pareja de hecho a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. En concreto, se busca interpretar el alcance del requisito formal: la necesaria inscripción en registro o la elevación de su existencia mediante documento público.

La magistrada reconoce que, aunque es verdad que la normativa aplicable es neutral desde el punto de vista étnico, puede valorarse si, en cierto modo, provoca una discriminación indirecta. Continúa planteando si de acuerdo con sus tradiciones y sus estructuras familiares los convivientes gitanos sostienen la convicción de que su relación de pareja se desarrolla como si de un matrimonio se tratase, con independencia de la ineficacia jurídica de su rito matrimonial. De lo que se deduce que, en este supuesto, la inscripción como pareja de hecho se entiende redundante, puesto que para su comunidad ya se encuentran unidos y, además, incluso ofrecen mayores garantías de constitución que una unión, dadas sus propias normas de convivencia. Por todo esto, se defiende una interpretación flexible de este condicionamiento formal, de modo que se respete a las minorías étnicas en un supuesto como este, donde la convivencia ha sido real, efectiva y es indiscutible su carácter de pareja unida maritalmente.