

Clases pasivas del estado y pensión ordinaria de viudedad: vientos de cambio interpretativo en la prueba de la convivencia como pareja de hecho anterior al matrimonio

Passive class and ordinary widowhood pension: winds of change on construction of proof of cohabitation antecedent to the marriage

AMPARO GARRIGUES GIMÉNEZ

CATEDRÁTICA ACREDITADA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSITAT JAUME I DE CASTELLÓ

Resumen

La acreditación de la existencia de pareja de hecho y/o de los períodos de convivencia ha venido siendo materia litigiosa recurrente, en reclamaciones del derecho a la prestación ordinaria de viudedad vía art. 38.4 TRLCPE y desde el supuesto del apartado 1 de dicho artículo. En ambos casos, y de modo discutible, se ha exigido la acreditación de ambas circunstancias y, además, los medios de prueba a emplear venían tasados, por la aplicación, a ambos supuestos, de lo dispuesto en el art. 38.4, descartándose la posibilidad de acreditación mediante otros medios de prueba.

La Sentencia analizada modifica la doctrina precedente sobre acreditación de una convivencia como pareja de hecho en los supuestos de acceso al derecho a la pensión ordinaria de viudedad desde la situación de matrimonio (párrafo segundo del art. 38.1 TRLCPE): ya no se exige la acreditación de la constitución de la pareja de hecho; y en la acreditación de la convivencia como pareja de hecho se abandona la exigencia de certificado de empadronamiento como prueba exclusiva y excluyente, admitiendo y valorando otros medios de prueba, en lo que podría considerarse una deriva tácita hacia el principio de libertad de prueba.

Abstract

The proof of the existence of de facto partnership and/or periods of cohabitation has come to be recurrent litigious matter, in claims for the right to ordinary widow's benefit via article 38.4 TRLCPE and from the case of paragraph 1 of this article. In both cases, and questionable, it has been required evidence of both circumstances and also the proof to be used came assessed applying, on both cases, the provisions of article 38.4, ruling out the possibility of demonstrate by any other means of proof.

The analyzed judgment modifies the previous doctrine on evidence of coexistence as de facto partners in cases of entitlement to ordinary widow's pension from the state of marriage (second paragraph of article 38.1 TRLCPE). Evidence of the constitution of the domestic partnership is not required now; and demonstration of cohabitation by means of the requirement of certificate of registration as sole and exclusive means of proof is now abandoned, recognizing and valuing other evidences, in what could be considered a tacit drift towards the principle of freedom of means of proof.

Palabras clave

Clases pasivas, pensiones, viudedad, convivencia
more uxorio, prueba

Keywords

Passive class, pensions, widowhood, cohabitation,
proof

1. EL *BACKGROUND* NORMATIVO

Las prestaciones del Régimen de Clases Pasivas del Estado, reguladas por el RD-Leg. 680/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado –en lo sucesivo, TRLCPE– vienen a subvenir las situaciones de necesidad que, para dicho personal o sus familiares, puedan derivarse, respectivamente, bien de su

jubilación o retiro, bien de su fallecimiento –y, eventualmente, de la declaración judicial de fallecimiento; incluso, bajo ciertas circunstancias, de la declaración de ausencia legal–.

Dichas prestaciones, de naturaleza exclusivamente económica y pago periódico, se materializan en las pensiones de jubilación o retiro, así como en las reconocidas a favor de los familiares, entre las que se encuentra la de viudedad (además de la de orfandad y, también, las reconocidas, en su caso, en favor de los padres de la persona causante). Tales pensiones vienen calificadas como *ordinarias* o *extraordinarias*, según que su hecho causante se produzca en las circunstancias homónimas (ordinarias –valga la redundancia de la propia literalidad legal –*ex art. 19.1 TRLCPE*–, o bien por razón de lesión, muerte o desaparición acaecida en acto de servicio o como consecuencia del mismo).

Por lo que se refiere a la pensión ordinaria de viudedad, sobre la que pivota el presente análisis, el hecho causante se concreta en el fallecimiento del personal correspondiente o, en su caso, en la declaración de fallecimiento del mismo (no obstante ello, y como ya se ha adelantado, el art. 30.2 TRLCPE refiere la posibilidad de tener por hecho causante la declaración de ausencia legal en el caso de que el causante fuera perceptor de pensión de jubilación o retiro o, no siéndolo, atendiendo a su edad y al período de servicios efectivos al Estado, tuviera derecho a las citadas pensiones de jubilación o retiro). No se exige que el sujeto causante de los derechos pasivos haya completado período mínimo alguno de prestación de servicios efectivos al Estado (art. 35 TRLCPE).

Reconoce la norma como eventuales beneficiarias de la pensión de viudedad a diferentes personas. Puede advertirse fácilmente la exigencia de dos elementos comunes a todas ellas: la existencia de *vínculo afectivo* y de *convivencia* (ya sean éstos vigentes –por producirse el hecho causante constante matrimonio o pareja de hecho con quien causa los derechos pasivos– o, incluso pretérito –en caso de nulidad matrimonial, separación o divorcio–). Además, la caracterización de las personas beneficiarias en los casos de disolución matrimonial o de menor consistencia jurídica del vínculo (parejas de hecho) presentan, según la caracterización legal, otro elemento, en este caso, adicional y común a todas ellas: la concurrencia de un cierto grado de dependencia económica *actual* del causante que, por el fallecimiento de éste, deriva en una situación de necesidad (si bien, como se verá, no siempre se exigirá que tal ligazón económica quede objetivamente acreditada pues, bajo ciertas circunstancias, parece operar una cierta presunción *iuris et de iure* de existencia de la dependencia económica-situación de necesidad –es el caso de las mujeres víctimas de violencia de género–).

Así, según el art. 38 TRLCPE, tendrán derecho a la pensión de viudedad:

a) El cónyuge supérstite del causante de los derechos pasivos, sin más requisito.

No obstante, y en el supuesto de que el fallecimiento del causante derive de enfermedad común y *antecedente* al matrimonio (“no sobrevvenida tras el vínculo conyugal”, refiere el párrafo segundo del art. 38.1 TRLCPE), la norma supedita el derecho a la pensión al cumplimiento de un requisito de orden temporal, ordenado a disipar cualquier posible

duda sobre la inconsistencia del vínculo o su carácter oportunista¹: el matrimonio debe haberse celebrado con una antelación mínima de un año a la fecha del fallecimiento. La exigencia de tal requisito quedará, empero, neutralizada dada la concurrencia de cualquiera de las dos circunstancias siguientes (las cuales, a su vez, cumplirán el papel de acreditar la estabilidad del vínculo afectivo):

- que existan hijos o hijas comunes;
- que en la fecha de celebración del matrimonio se acreditara un período de convivencia con el causante, como pareja de hecho, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

Prevé el propio art. 38.1 TRLCPE –esta vez, en su párrafo tercero– que, cuando el cónyuge supérstite no pueda acceder a pensión de viudedad por no acreditar los *tempos* o los requisitos indicados, tendrá derecho a una prestación temporal de igual cuantía que la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años. Este supuesto va a constituir el núcleo de imputación básico del presente análisis.

b) En caso de separación o divorcio, a quien sea o haya sido cónyuge legítimo (siempre que no haya contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el art. 38.4 TRLCPE). Se exige en este caso que la persona solicitante de la prestación tuviera derecho la pensión compensatoria *ex art. 97* del Código Civil.

Como se advirtiera *supra*, la situación de necesidad en los supuestos de separación o divorcio no siempre quedará objetivada por el hecho de que la persona solicitante de la pensión de viudedad sea acreedora de la pensión compensatoria *ex art. 97* Código Civil: de hecho, y conforme establece el propio art. 38.2 TRLCPE, las mujeres víctimas de violencia de género tendrán derecho a la pensión de viudedad “aún no siendo acreedoras” de la compensatoria. Igualmente, merced a lo previsto por la DT Duodécima del mismo texto legal, el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad tampoco quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria del art. 97 Código Civil cuando concurren en el beneficiario las siguientes circunstancias:

¹ De modo explícito se expresa, al respecto, la Abogacía del Estado en su posicionamiento procesal habitual: “la normativa aplicable es muy rigurosa cuando existe una enfermedad previa al matrimonio con el fin de evitar que se utilice esta institución con la mera finalidad de obtener una prestación económica a cargo de la Hacienda Pública...” (por todas, STSJ Cataluña –Cont.-Advo.–, de 9 enero 2014, fund. jco. segundo).

A los “matrimonios de conveniencia” se refiere, asimismo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (por todas, STS –Social– de 15 diciembre 2014, rcud) al referir la *ratio* del homólogo art. 174.1 TRLGSS-94 (actual art. 219.2 TRLGSS, aprobado por RD Leg. 8/2015): “con el fin de evitar los matrimonios “de conveniencia”, contraídos precisamente con el único fin de devengar una pensión de viudedad cuando se teme el próximo fallecimiento del causante [interpretación teleológica que complementa a la literal –art. 3.1 “in fine” del Código Civil–], se estableció una doble cautela: por un lado, que durante un plazo anterior de duración razonable –fijado en dos años en conjunción con la del matrimonio si ésta última hubiera sido menor de un año– hubieran convivido los cónyuges, o que hubiera habido hijos comunes; y en segundo término, que la enfermedad común de la que derivó la muerte del causante haya tenido su origen antes de la celebración del matrimonio. Se trata de un supuesto especial, como lo revela la frase “en los supuestos excepcionales...””.

- existencia de hijos comunes en el matrimonio o una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión;

- que el divorcio o la separación judicial se haya producido con anterioridad a 1 de enero de 2008;

- que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años; y,

- que entre las fechas del divorcio o separación y del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un período de tiempo no superior a diez años.

c) En el supuesto de nulidad matrimonial, el superviviente (de nuevo, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado 4 del art. 38 TRLCPE). También en este caso se exige la concurrencia de requisito económico exponente de la vinculación económica con el causante: la persona que pretenda ser beneficiaria de la prestación por viudedad deberá tener reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el art. 98 del Código Civil.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, habida la nulidad matrimonial o el divorcio, si se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, primando la norma la *actualidad* de la convivencia matrimonial o *more uxorio* al garantizarse, en todo caso, el 40% a favor de quien fuera cónyuge superviviente o, en su caso, conviviente con el causante en el momento del fallecimiento.

d) Quien se encontrase unido al causante como pareja de hecho en el momento del fallecimiento de éste.

Concreta el art. 38.4 TRLCPE que, por “pareja de hecho”, a los efectos del derecho a la pensión ordinaria de viudedad debe entenderse la constituida, *con análoga relación de afectividad a la conyugal*, entre quienes:

- no estén impedidos para contraer matrimonio;

- no tengan vínculo matrimonial con otra persona.

A los efectos previstos en este supuesto, la *existencia de la pareja de hecho* se acreditará, según prevé la norma, mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia, o bien mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja (tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante); además, la pareja así constituida debe cumplir un requisito adicional, dirigido a acreditar su estabilidad y consistencia: se ha de demostrar la *convivencia*, que ha de ser *estable* (de duración ininterrumpida, que la norma cifra en no menos de cinco años, con carácter inmediato al fallecimiento del causante) y *notoria* (siendo así la determinada por la existencia de un domicilio común señalado en el padrón municipal).

En este caso, del mismo modo que en los supuestos de nulidad, separación o divorcio, se añade la exigencia de acreditar un cierto grado de dependencia económica respecto del causante, dependencia que la norma cifra aquí cuantitativamente: los ingresos del conviviente superviviente durante el año natural anterior deben ser inferiores al 50% de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período (dicho porcentaje se reduce al 25% en caso de no existir hijos o hijas comunes con derecho a pensión de orfandad). Sin perjuicio de ello, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente (entendiendo por tales tanto los procedentes del trabajo, como del capital y de cualesquiera elementos patrimoniales de su titularidad) resulten inferiores a 1,5 veces el importe del SMI vigente en el momento del hecho causante (en caso de existir hijos o hijas en común con derecho a pensión de orfandad que convivan con el o la sobreviviente, el límite se incrementará, por cada uno de ellos, en 0,5 veces la cuantía del SMI).

Conviene recordar, no obstante, que el art. 38 TRLCPE, tal como se muestra vigente, es resultado de diversas modificaciones del texto original, de las cuales, por su calado, destacaremos dos: la operada por la DF Tercera, apartado tres, de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, que vendría a reservar el apartado 1 al supuesto del cónyuge superviviente, desplazando los supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial –hasta entonces contenidos en aquél– a los nuevos apartados 2 y 3, e introduciendo como eventuales beneficiarios a los convivientes supervivientes en el caso de parejas de hecho –nuevo apartado 4–. Asimismo, en el caso del cónyuge viudo –apartado 1– se establecería el supuesto específico de fallecimiento por enfermedad común antecedente al matrimonio, con las exigencias, ya vistas, de *tempus* o condiciones específicas; igualmente, la posibilidad residual de acceso a la prestación temporal de viudedad.

Igualmente, y en el nuevo apartado 4, al regularse el derecho a la pensión de viudedad desde la situación de pareja de hecho, se establecieron las condiciones para entender constituida este tipo de unión, así como la exigencia de convivencia estable y notoria, junto con los modos de acreditar tanto la existencia misma de la pareja de hecho como la convivencia así caracterizada.

Resulta pertinente, a los efectos del presente análisis, recordar que este apartado 4 contenía un inciso final en que se contemplaba la siguiente previsión: “En las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, la existencia de la pareja de hecho se acreditará conforme establezca su legislación específica”. Este inciso sería suprimido por la DF Primera 2 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, con efectos 01/01/2015, si bien su eficacia y validez quedarían, ya con anterioridad, significativamente comprometidas, al tratarse de un precepto homólogo al párrafo quinto del art. 174.3 TRLGSS –*ex* RD Leg. 1/1994, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social–, precepto declarado inconstitucional y, por ende, nulo, por la STC (Pleno) 40/2014, de 11 marzo. Sobre ello se volverá al detallar la doctrina vertida por la Audiencia Nacional en la resolución objeto del presente estudio.

2. SUBSTRATO FÁCTICO, ÍTER PROCEDIMENTAL Y POSICIONAMIENTO DE LAS PARTES EN LA CONTROVERSIA

La Sentencia de la Audiencia Nacional (en lo sucesivo, SAN) –Cont.-advo.– de 18 de marzo, resuelve recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del

Tribunal Económico-Administrativo Central (desde ahora, TEAC) en materia de pensión de viudedad del Régimen de Clases Pasivas del Estado.

La demandante en el recurso contencioso-administrativo presenta la condición de viuda de funcionario del Cuerpo Técnico de Hacienda, quien había fallecido hallándose en situación de servicio activo.

La demandante y el funcionario fallecido habían contraído matrimonio dos meses antes del óbito de éste.

Precisamente en atención a que la duración del matrimonio había sido inferior a un año, y como quiera que la causa del fallecimiento había sido una enfermedad común no sobrevenida tras el matrimonio, el Centro Gestor (Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas) reconoció a la cónyuge superviviente derecho a pensión temporal de viudedad de dos años de duración.

La viuda, disconforme con el derecho reconocido, interpuso recurso de reposición, solicitando el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad de carácter vitalicio, basando su pretensión en que el período de convivencia ininterrumpido con el causante era superior al de dos años legalmente exigido como mínimo para que haya derecho a la pensión vitalicia pues, según la recurrente, el causante y ella habían convivido previamente como pareja de hecho (con objeto de acreditar este extremo, la viuda aportó acta notarial, levantada tras el fallecimiento del causante, en que se hacía constar que ella y el fallecido convivieron de forma estable, ininterrumpida y notoria como pareja y con relación de afectividad análoga a la conyugal desde el año 2006); este tiempo, unido sin solución de continuidad al de la duración del vínculo matrimonial, daba en totalizar un período de más de cinco años (desde 19/03/2006, hasta la defunción del causante acaecida el 20/04/2011).

El recurso de reposición fue desestimado por el Centro Gestor, en base a que, según el mismo, “la convivencia conyugal fue inferior a un año” y “no cabe adicionar período de convivencia alguno al de duración del matrimonio en los términos exigidos por la norma y, en tal sentido, no concurren los requisitos legales que permitan reconocer a la recurrente una pensión vitalicia de viudedad” pues, según la Administración del Estado, el art. 38 TRLCPE establece que la existencia de pareja de hecho debe acreditarse mediante inscripción en alguno de los registros específicos correspondientes, o mediante el otorgamiento de documento público en el que conste la constitución de la pareja y, en cualquiera de ambos casos, tanto la inscripción como la formalización del documento público han de haberse realizado antes de dos años de la fecha de defunción del causante, lo que no había ocurrido en el supuesto analizado, pues no constaba la inscripción en ninguno de los citados registros públicos, y la formalización del documento público se había realizado con posterioridad a la fecha de defunción del causante. Es decir, el Centro Gestor entiende que la “convivencia como pareja de hecho” a que se refiere el supuesto contemplado en el apartado 1 del art. 38 TRLCPE es de la misma naturaleza y queda sometida a los mismos requisitos (excepto la duración de la situación y la exigencia económica) y régimen de prueba que se establece para causar derecho a la pensión desde la situación de pareja de hecho *ab initio*.

Frente a esta última resolución, interpuso la interesada reclamación económico-administrativa, sustentada en el art. 234-1 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña

en relación con lo previsto en el entonces vigente inciso final del apartado 4 del art. 38 TRLCPE (“*En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, la existencia de la pareja de hecho se acreditará conforme establezca su legislación específica*”). En tal sentido, y de acuerdo con la norma catalana, no es exigible la inscripción registral (que no se daba en este caso) ni el otorgamiento de documento público, bastando la convivencia marital durante dos años, y la existencia de la pareja así constituida puede acreditarse por cualquier medio de prueba admisible y suficiente.

La reclamación económico-administrativa resultó desestimada por el TEAC, precisamente por no considerar probada la convivencia *more uxorio*; y ello, en base a las siguientes consideraciones:

- el acta notarial aportada por la reclamante no podía entenderse como acta de notoriedad, sino como un acta de manifestaciones;

- no se había aportado el certificado de empadronamiento que habría acreditado la convivencia;

- según los documentos de identidad aportados (expedidos en febrero y octubre del año 2008), causante y reclamante vivían en domicilios diferentes, lo que, en principio, se contradecía con la afirmación de que convivían desde el año 2006;

- según el certificado de matrimonio aportado al expediente, el estado civil de la reclamante era, en aquel momento, el de divorciada y el del causante el de viudo, pero no consta en dicho documento la fecha a partir de la cual se daban los citados estados civiles, no quedando probado que no existiese impedimento para constituir pareja estable en el momento pretérito necesario para alcanzar los dos años exigidos;

- los testamentos otorgados por el causante, en los que éste manifestaba convivir en pareja estable desde hacía cuatro años con la reclamante no pueden constituirse en prueba de la convivencia, en tanto el testamento sólo tiene eficacia en el momento de la sucesión *mortis causa* entre quien lo otorga y los beneficiarios, pero no frente a la Administración a la hora de fijar las pensiones de clases pasivas².

Finalmente, la viuda interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional frente a la expresada resolución del TEAC, solicitando la anulación de dicha resolución y el reconocimiento de su derecho a la pensión de viudedad vitalicia. Como fundamento de su pretensión, la actora esgrimió los siguientes motivos de impugnación:

a) debe aplicarse el art. 38.1 TRLCPE, al haberse causado la pensión por la vía del matrimonio;

² En este sentido, el TEAC acoge doctrina vertida por la SAN, Cont.-advo., de 20/2/2012, resolviendo también recurso contencioso administrativo contra resolución de aquél, denegatoria de pensión de viudedad a conviviente superviviente *ex* apartado 4 del art. 38 TRLCPE.

b) conforme a lo anterior, debe estarse a lo establecido en la legislación catalana para determinar la existencia y la acreditación de la pareja de hecho, en concreto por lo que se refiere a la acreditación de la convivencia como pareja de hecho con arreglo a cualquier medio de prueba admitido en Derecho, y no a lo establecido en el art. 38.4 TRLCPE;

c) correlativamente a ello, y acerca de los requisitos que deben cumplirse para considerar la existencia de la pareja de hecho, se alega la aplicación de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, de la Comunidad Autónoma de Cataluña (derogada, con efectos 01/01/2011, por la Ley 25/2010, de 29 de julio). De acuerdo con la normativa que la actora entiende aplicable, se cumple el requisito de convivencia ininterrumpida como pareja estable sin vínculo matrimonial durante más de dos años hasta el fallecimiento del causante para ser considerados pareja de hecho. Además señala que, al tiempo de iniciarse la relación de pareja, ninguno de los miembros de la misma se hallaba impedido por vínculo matrimonial, ya que el causante había quedado viudo hacía prácticamente tres años, mientras que la demandante, que se hallaba separada judicialmente hacía tres años, se divorció por sentencia de 20 de octubre de 2006.

Por lo anterior, entiende la demandante que, cumplidas las condiciones exigidas por la legislación catalana sobre uniones estables de pareja, queda acreditado el cumplimiento de los requisitos *ex* art. 38.1 TRLCPE para acceder a la pensión de viudedad, en lo referente a que, si bien el vínculo matrimonial tuvo una duración inferior a un año, a la fecha de celebración del matrimonio existía un período de convivencia con el causante, como pareja estable, que sumado al de duración del matrimonio, había superado los dos años.

Por consiguiente, considera la demandante la existencia de un error en la valoración de la prueba aportada (acta notarial, según ella, *de notoriedad*) que, aunque genera “indubitada acreditación de la existencia de un período de convivencia con el causante como pareja estable que sumado al de duración del matrimonio, ha superado los dos años” (*sic*), ha sido considerada por el TEAC como una simple acta *de manifestaciones*, con lo que la resolución impugnada infringe el art. 209 del Reglamento Notarial y el art. 319, en relación con el 317.2, ambos de la LEC, en cuanto disponen que los documentos públicos autorizados por notario con arreglo a derecho harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten.

En refuerzo de su posición, la actora adjuntó a la demanda un acta complementaria, autorizada por el mismo fedatario, en la que se explican los hechos y circunstancias que sirvieron de base a la declaración de notoriedad expresada en el acta inicial.

Además de lo anterior, la demandante reivindicó el valor que, para la acreditación de la convivencia, debe atribuirse a otros medios de prueba por ella aportados: diversas actas de declaraciones –de testigos–, así como los testamentos otorgados por el causante.

El Abogado del Estado, por su parte, se opuso al recurso contencioso-administrativo, solicitando se dictase sentencia desestimatoria del mismo, al considerar que, de acuerdo con el art. 38.4 TRLCPE, que regula los requisitos para probar la convivencia como pareja de hecho, entre los que se establece que se acredite la inscripción como pareja de hecho con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante (...) o que se aporte un documento público en el que conste la constitución de la pareja formalizado

con la misma antelación de dos años, la recurrente no ha cumplido con ninguna de dichas exigencias probatorias.

3. FALLO Y DOCTRINA DE LA SALA. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

La Sala desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la viuda del causante de los derechos pasivos, al entender que la actora no ha acreditado un período de convivencia con el causante, como pareja de hecho, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años necesarios para causar derecho a la pensión ordinaria de viudedad, conforme al art. 38.1, párrafo segundo, inciso segundo, del TRLCPE.

La fundamentación de la Sala resulta, no obstante, tortuosa. Tortuosa porque es en ella donde, de manera tácita, aunque manifiesta, va a separarse de la doctrina sostenida hasta ese momento.

La *acreditación* de la existencia de pareja de hecho y/o de los períodos de convivencia estable y notoria como tal exigidos para lucrar el derecho a la pensión de viudedad han venido siendo materia litigiosa de especial incidencia en el quehacer de la Sala, especialmente en reclamaciones del derecho a prestación desde el supuesto del apartado 4 del art. 38 TRLCPE pero, también –como en el caso de autos– desde el supuesto del apartado 1 del mismo artículo.

Asimismo, y en aplicación de tales preceptos en relación con el derogado inciso final del art. 38.4 TRLCPE son diversas las resoluciones de la Sala que, en base a dicho precepto, han abordado la consideración de las diferentes normativas autonómicas reguladoras de las uniones de hecho y su incidencia a la hora de verificar el cumplimiento de las condiciones de acceso a la pensión de viudedad (así, entre otras, las SSAN –Cont.-advo.– de 26 de julio 2011, 2 de abril 2012, 14 de enero 2013, 2 de marzo 2015, 20 de enero y 14 de marzo 2016, aplicando normativas de la Comunidad de Madrid, Aragón, Cataluña, Galicia y Comunidad Valenciana), si bien, en todo caso, para poner de manifiesto que, a los efectos de los derechos reconocidos en el art. 38 TRLCPE (recuérdese: tanto en su apartado 4 como en el apartado 1³):

- debe acreditarse la *existencia de la pareja de hecho*: y debe hacerse de acuerdo con lo prevenido por la normativa autonómica correspondiente, si la hubiese (en su defecto, como el mismo precepto dispone: mediante inscripción en el registro correspondiente o por otorgamiento de documento público en el que conste la constitución de dicha pareja –todo ello realizado *ex ante* al fallecimiento del causante con, al menos, dos años de antelación–);

³ En efecto, los extremos a acreditar y los medios para hacerlo resultan clara y linealmente extrapolados desde el apartado 4 del art. 38 al supuesto del apartado 1: esto queda palmariamente expresado en las SSAN –Cont.-advo.– de 24 junio 2013 (se desestima recurso contencioso administrativo, resultando la denegación de la pensión vitalicia porque, aunque se acreditaba la convivencia previa al matrimonio mediante certificado de empadronamiento, no se acreditó la inscripción registral de la pareja de hecho) y de 14 octubre 2015 (“para una pensión de viudedad que no sea temporal, como la que se le ha reconocido a la actora, se aprecia que *es esencial la acreditación de la convivencia como pareja de hecho, y la pareja de hecho se acredita mediante la documentación que exige el precepto*: «... mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja.(...)»”).

así, y como tiene manifestado la Sala⁴, la inscripción registral o la formalización del correspondiente documento público “*constituye(n) el medio necesario y privilegiado para acreditar la pareja de hecho. Ese medio de prueba exclusivo y excluyente (...)*”, descartándose *in radice* la posibilidad de acreditación mediante otros medios de prueba⁵;

-debe acreditarse, además, la *convivencia estable, notoria e inmediatamente anterior al fallecimiento* del causante (que, no olvidemos, se requiere de tal guisa por la normativa de Clases Pasivas con el propósito protector en materia de Seguridad Social, ya conocido), lo que sólo puede hacerse del modo dispuesto por esa normativa *estatal*, es decir, a través del correspondiente certificado de empadronamiento.

Tales requisitos, y los medios para acreditarlos, aparecen inequívocamente recogidos en el apartado 4 del art. 38 TRLCPE cuya literalidad, además, deja bien de manifiesto que tales exigencias deben contextualizarse, precisamente, en la operativa del derecho a pensión *a partir de la situación de pareja de hecho* (“A efectos de lo establecido en este apartado...”). La extensión que la Sala ha venido haciendo de tales condiciones y requisitos a la “convivencia como pareja de hecho” a la que se refiere el apartado 1 del mismo artículo (en sede de derecho a pensión *desde la situación de matrimonio*) si bien podría encontrar acomodo desde un punto de vista analógico, se compadece mal –a criterio de quien suscribe– con el resultado de aplicar –a uno y otro apartados– los criterios interpretativos literal, sistemático y, desde luego, teleológico, pues revelan una clara diversidad de *ratio* y régimen.

Por lo que se refiere a la concreta acreditación de la *convivencia* como pareja de hecho (y, especialmente, en el caso de sujetos de vecindad civil catalana –extremo controvertido, precisamente, en la resolución objeto del presente análisis–, con invocación de la normativa autonómica específica) resulta diáfano exponente de la línea interpretativa indicada el razonamiento de la Sala en la ya mencionada SAN –Cont.-advo.– de 2 de abril 2012:

“Es cierto que en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, la existencia de la pareja de hecho se acreditará conforme establezca su legislación específica. (...) Y la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, de Cataluña establece (...) (artículo 2), la acreditación de las uniones estables no formalizadas en escritura pública y el transcurso de los dos años de referencia se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente para acreditar la existencia de pareja de hecho. Pero debe señalarse que *la remisión que se hace en el artículo 38.4 al Derecho Civil propio de las CCAA es únicamente para acreditar la existencia de la pareja de hecho. Una vez acreditada la existencia de pareja de hecho es imprescindible, a los efectos de la Legislación de Clases Pasivas, cumplir con la acreditación de la convivencia estable y notoria con carácter*

⁴ SAN –Cont.-advo.– de 14 octubre 2015, cit.

⁵ *Ibidem*: “Por el contrario pretende acreditar la existencia de una pareja de hecho con anterioridad a contraer matrimonio, a efectos de pensión de clases pasivas del Estado, no mediante el mecanismo que establece la ley y que ya se ha dicho es esencial, sino a través de documentos como certificado de empadronamiento, certificación de convivencia en una determinada localidad, documentos bancarios, escritura pública de compraventa, recibos, facturas, etc. ... No obra, sin embargo, el documento necesario para ser acreedor de la pensión de viudedad de manera vitalicia, la inscripción en el registro de parejas de hecho”).

inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento.

(...) la Ley 10/1998 resulta de aplicación para acreditar la existencia de la pareja de hecho pero no es de aplicación el periodo de convivencia que fija la legislación civil catalana pues se trata de un derecho que fija la norma estatal, la Ley de Clases Pasivas del Estado (...).”

Frente a la trayectoria hermenéutica descrita, habrían reaccionado otros órganos del orden jurisdiccional Contencioso-administrativo⁶, abogando por la recepción en este ámbito de la consolidada doctrina jurisprudencial vertida por el Tribunal Supremo (Social) en aplicación del art. 174.3 TRLGSS⁷ (actualmente, art. 221 en el Texto Refundido aprobado por RD Leg. 8/2015), homólogo del art. 38.4 TRLCPE. De acuerdo con dicha doctrina (que algunas resoluciones postulan como aplicable a los dos supuestos de exigencia de prueba de la convivencia como pareja de hecho –apartado 4 y, también, apartado 1 del art. 38 TRLCPE–):

“1) la acreditación de la convivencia en «pareja de hecho» (*more uxorio* o «a modo de matrimonio» en terminología clásica) puede hacerse por cualquier medio de prueba admisible en derecho;

2) el empadronamiento conjunto del causante y el beneficiario ni es un elemento «constitutivo» de la convivencia a modo de matrimonio ni tampoco puede erigirse en el único medio probatorio de tal situación;

3) por tanto, el certificado de empadronamiento al que se refiere el artículo 174.3 LGSS es un medio probatorio privilegiado pero no excluyente de la acreditación por otras vías; y,

4) utilizando el canon hermenéutico de la interpretación sistemática, el propio artículo 174.3 LGSS ha descartado que el certificado de empadronamiento sea la única prueba admisible de la convivencia al aceptar que la «existencia de pareja de hecho» se acreditará «mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja». En definitiva es evidente que la acreditación de la convivencia de parejas de hecho puede hacerse por cualquier medio de prueba adecuado a tal fin teniendo en cuenta el hecho objeto de prueba, y sin que, a la vista de la normativa aplicable en esta Comunidad Autónoma, sea suficiente o exclusivo el certificado de empadronamiento o un documento público en el que conste la constitución de dicha pareja de hecho”.

El posicionamiento de la Sala de lo Cont.-advo. de la Audiencia Nacional ante esta línea interpretativa (que pudiera calificarse como “de convergencia” con la jurisprudencia de

⁶ Por todos, TSJ Cataluña, entre otras, por recientes, en SS. (Cont.-advo.) de 9 y 24 enero 2014.

⁷ Entre otras, SSTS (Social) de 9 junio de 2011, 25 mayo 2010, 14 junio 2010, 24 junio 2010, 6 julio 2010, 20 julio 2010, 14 septiembre 2010, 10 y 12 noviembre 2010, 9 diciembre 2010, 26 enero 2011, 14 abril 2011, 3 mayo 2011, 15 diciembre 2014 y 30 marzo 2016, todas ellas en recud.

la Sala de lo Social del TS) se ha venido haciendo explícito en alguna de sus resoluciones, mostrándose sistemática y abiertamente contrario a la admisión de la indicada línea argumental en su ámbito de competencia; y ello, en base a un argumento estrictamente formal y reduccionista, con el que, de un modo que pudiera juzgarse poco consistente, ha venido evitando afrontar la paradoja de la identidad de *ratio* normativa y la disparidad de criterios exegeticos entre los distintos órdenes jurisdiccionales: “la pensión de viudedad de que se trata se encuentra sometida a la legislación de Clases Pasivas del Estado. Por lo que para hacer valer el derecho a dicha prestación, carece de fundamento invocar las normas rectoras del Régimen General de la Seguridad Social.”⁸

Pues bien: en la resolución que ahora se analiza (SAN –Cont.-advo.– de 18 marzo 2016), la Sala viene imprimir una sutil, pero decidida, “corrección de rumbo” a lo que, hasta ahora –como se ha visto–, ha sido una inamovible y estricta trayectoria exegetica en materia de acreditación del requisito de la convivencia como pareja de hecho previsto por el art. 38.1 TRLCPE (supuesto de pensión ordinaria de viudedad a lucrar por el cónyuge superviviente en caso de fallecimiento debido a enfermedad común antecedente al matrimonio, si éste ha tenido una duración inferior al año y no existen hijos o hijas comunes).

En la Fundamentación Jurídica de la Sentencia, la Sala trae a colación el íntegro texto del art. 38 TRLCP y las dos últimas modificaciones del mismo, haciendo especial hincapié en la operada más recientemente (la supresión del inciso final del apartado 4, *ex* DF Primera 2 L. 6/2014). Este último recordatorio sería, por sí mismo, suficiente para cumplir el propósito de justificar la inaplicabilidad del Derecho Civil catalán al caso de autos (por cuanto, como manifiesta la Sala, se trata de acreditar la convivencia *more uxorio ex* art. 38.1 TRLCPE, y no conforme al art. 38.4, respecto del cual sólo podría haberse admitido, además, para acreditar la *existencia* de la pareja de hecho conforme al supuesto regulado en dicho apartado); sin embargo, resulta ciertamente sorprendente –por lo superflua– la referencia expresa que hace la Sentencia al carácter *equivalente* (*sic*) del suprimido inciso del art. 38.4 TRLCPE y el párrafo quinto del art. 174.3 TRLGSS-94 (¿admitiendo implícitamente, quizá, y como telón de fondo, la identidad de *ratio* entre ambas normas?) para recordar que éste último había sido objeto de cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo, por posible vulneración del art. 14 de la Constitución, y que dicha inconstitucionalidad fue apreciada por el STC -Pleno- 40/2014 de 11 marzo, por los indiscutibles elementos de inadmisibles desigualdad que implicaba en materia de derechos de seguridad social.

Seguidamente, y en relación con lo anterior, la Sentencia hace referencia a la ya conocida doctrina por ella mantenida en materia de medios de acreditación de los requisitos establecidos en el art. 38.4 TRLCPE, centrando su atención, por todas, en la SAN –Cont.-advo.– de 2 abril 2012, en la que se descartaba la aplicación de la normativa catalana para determinar la aptitud de los medios de prueba de la convivencia como pareja de hecho a efectos de lucrar pensión de viudedad *ex* art. 38.4.

Hasta lo dicho aquí, el planteamiento de la Sala resultaría coherente con la línea argumental y de decisión tradicionalmente sostenida por ella en esta materia: negar la

⁸ De esta manera, *ad exemplum*, la SAN (Cont.-advo.), de 14 marzo 2016.

posibilidad de aplicar el Derecho Civil autonómico a la acreditación de tal extremo (y, con ello, en el caso catalán, negar *prima facie* capacidad probatoria a cualquier medio de prueba de la convivencia *more uxorio*, aún admitido en Derecho, que no sea, precisamente, el único expresamente previsto por el art. 38.4: el certificado de empadronamiento).

Sin embargo, a partir de ese momento, y en un ejercicio valorativo minucioso, que no puede comprenderse sino desde una apertura, *de facto*, a la acreditación de la convivencia “mediante cualquier medio de prueba admitido en Derecho” (al modo de lo sentado por la jurisprudencia del TS -Social- para el art. 174.3 y de la pretensión extensiva al art. 38 TRLCPE, irradiado, además, tanto al apartado 4 cuanto –como compete en este caso– al 1), la Sala procede al análisis de todas las pruebas documentales propuestas y aportadas por la actora para acreditar la convivencia como pareja de hecho antecedente al matrimonio [sólo se inadmitieron las testificales, y no por considerarlas improcedentes, sino *innecesarias (sic)*].

-Así, la Sentencia detalla que la interesada adjuntó copia de escritura (“acta de manifestaciones”), otorgada por ella ante notario tras el fallecimiento del causante, en la que, tanto ella como los testigos intervinientes, manifestaron que ambos convivieron de forma estable, ininterrumpida y notoria, como pareja y con relación de afectividad análoga a la conyugal desde el año 2006 por lo que el notario autorizante, atendiendo al requerimiento de la otorgante, consignó la notoriedad de dichas circunstancias. Al respecto, considera la Sala que “a través de un acta destinada a «la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica» [Reglamento Notarial, Decreto de 2 de junio de 1944; art. 209], se consignó el resultado de la prueba testifical ofrecida por la otorgante, consignado como tal los propios términos con los que el art. 38.4 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas define la pareja de hecho [«...se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años»], siendo así que dicho medio de prueba únicamente puede versar sobre «hechos controvertidos» y no puede incluir «valoraciones ni calificaciones» [arts. 360 y 368.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, modificada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre]”. Se adjuntó, también, otra acta notarial otorgada posteriormente ante el mismo notario, complementaria de la primera, en la que sustancialmente se expone que en esta última se declaró la notoriedad de la convivencia de la actora y del causante desde el año 2006, y que “...la declaración de notoriedad se basó no solo en la prueba testifical recogida en la propia acta, sino a mi conocimiento personal de la circunstancia a probar”, en función de las circunstancias que allí se recogen. Entiende la Sala que tales manifestaciones no permiten alterar la valoración del acta inicial.

-De otra parte, analiza la Sala un documento (aportado por la actora al formular la solicitud de la pensión) expedido *-ex post* al fallecimiento del causante– por el Alcalde de su localidad de residencia, en el que se hace constar que el causante y la demandante “han convivido conjuntamente desde el año 2006”. La Sentencia considera que este documento no refleja sino el resultado de una prueba testifical, con el valor probatorio que a ella corresponde.

-Del mismo modo se valoran distintos escritos firmados por otros tantos testigos, en los que hacen constar que la actora y el causante “convivían como pareja de hecho de forma pública e ininterrumpida, manteniendo una relación análoga a la conyugal desde principios del año 2006 hasta la fecha de fallecimiento de D. Gaspar en abril de 2011”; o bien, que “convivieron como pareja de hecho, manteniendo una convivencia estable, notoria e ininterrumpida desde principios del año 2006 hasta la fecha del fallecimiento del causante en abril de 2011”.

-Asimismo se evalúa el peso probatorio de los dos testamentos abiertos otorgados por el causante, cuyas copias aportó la demandante. En el primero de ellos el testador decía que convivía como pareja estable desde hacía cuatro años con la actora. Considera la Sentencia que, por tratarse de una manifestación del propio testador, carece de eficacia probatoria por sí misma más allá del contexto de la sucesión hereditaria.

-Igualmente, respecto de los DNIs (del causante y de la actora) aportados por ella misma, señala la Sala que constan domicilios diferentes, y que lo consignado en ellos no se corresponde con lo manifestado por los testigos, ni en lo que se refiere a la fecha de inicio de la convivencia ni en el hecho mismo de ésta. Todo lo cual debe, a criterio de la Sala, valorarse desde la consideración (*ex art. 1.2 RD 1553/2005*) de que el Documento Nacional de Identidad “tiene suficiente valor, por sí solo, para acreditar la identidad y los datos personales de su titular que en él se consignan, así como la nacionalidad española del mismo”.

Indica la Sentencia que no se adjunta certificado de empadronamiento que reflejase la alegada convivencia y recuerda que, de acuerdo con el art. 16 de la L. 7/1985, de 2 de abril, “El Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. Las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos”.

Como corolario de todo lo anterior, concluye la Sala que “la existencia de pruebas contradictorias constituidas mediante documentos a los que la normativa asigna valor probatorio sobre el hecho controvertido, la falta de aportación del medio de prueba que la ley contempla para acreditar el hecho controvertido, o la falta de idoneidad del testimonio recogido en el acta inicial, impiden por completo dar por acreditada la existencia de «un período de convivencia con el causante, como pareja de hecho, que, sumado, al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años».

4. A MODO DE EPÍLOGO

Puede concluirse, pues, que la Sentencia analizada viene a modificar la doctrina hasta ahora aplicada al requisito de acreditar una convivencia como pareja de hecho en los supuestos de acceso al derecho a la pensión ordinaria de viudedad desde la situación de matrimonio considerada en el párrafo segundo del art. 38.1 TRLCPE. En este sentido, la quiebra de la linealidad doctrinal descansa en los siguientes hitos:

Primero: quiebra la vinculación interpretativa mantenida entre el apartado 1 y el apartado 4 del art. 38. Y esa ruptura se plasma en que:

-la Sala, en el supuesto del apartado 1, párrafo segundo, ya no exige –como viniera haciendo– la acreditación de la *constitución* de la pareja de hecho como requisito; ahora, la atención jurisdiccional se centra exclusivamente en la acreditación *de la convivencia como tal*; y

-en lo relativo, precisamente, a la acreditación de la convivencia como pareja de hecho libera al supuesto del apartado 1 del art. 38 de la aplicación –por extensión– de los medios probatorios establecidos legalmente para el supuesto del apartado 4: de esta manera y para dicha situación, *se abandona la anterior exigencia de certificado de empadronamiento como prueba exclusiva y excluyente* pues, admitiendo y entrando a valorar todas y cada una de las presentadas por la parte actora (salvo la testifical, considerada innecesaria) la Sala deriva tácitamente hacia el principio de libertad de prueba.

Segundo: por lo que respecta a la extensión de las anteriores consideraciones al supuesto del apartado 4 del art. 38 (acceso al derecho a pensión directamente desde la situación de pareja de hecho) una eventual modificación de la doctrina de la Sala, de darse, se antoja aún lejana, a juzgar por el sentido –al parecer, inamovible– de las últimas resoluciones de la Sala interpretando la acreditación de los requisitos exigidos por dicho precepto y exigiendo para ello, invariablemente, la exclusiva pertinencia de la certificación registral o documento público (para entender constituida y existente la pareja de hecho) y del certificado de empadronamiento (para la acreditación de la convivencia de hecho)⁹.

⁹ En este sentido, y contemporánea a la Sentencia analizada, *vid.* la SAN –Cont.-Advo.– de 14 de marzo de 2016.