

Id Cendoj: 28079140012008100325
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1279/2007
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: VICTOR ELADIO FUENTES LOPEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

VIUEDAD. NO ES COMPUTABLE PARA EL PORCENTAJE DE LA PENSION EL TIEMPO DE CONVIVENCIA POSTERIOR A LA SEPARACION SI LA RECONCILIACION NO SE HA COMUNICADO AL JUEZ QUE LA DECRETO. REITERA DOCTRINA

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Mayo de dos mil ocho.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada el 19 de enero de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 363/06 interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón, en autos núm. 320/05, seguidos a instancias de Dña. Sonia contra el INSS, la TGSS, y el Instituto de la Minería y el Carbón, sobre pensión de viudedad.

Ha comparecido en concepto de recurrida Dña. Sonia representada por la procuradora Sra. Alonso Alvarez.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. VICTOR FUENTES LÓPEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13-12-2005 el Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- La demandante contrajo matrimonio con Mariano el 26 de julio de 1970, dictándose sentencia de separación de los esposos el 22 de junio de 1987 . La demandante, que residía en la C/ DIRECCION000 nº NUM000 de Gijón, y Mariano, reanudaron la convivencia en el mes de julio de 1994 a consecuencia de la enfermedad mental que aquejaba al esposo, pasando a residir ambos junto a sus tres hijos en la vivienda hasta ahora atribuida al actor y que la demandante adquirió levantando el embargo que sobre ella pesaba sita en la C/ DIRECCION001 nº NUM001 de Gijón. Los esposos, a partir del año 1994, mantenían cuentas bancarias conjuntas y figuran empadronados en la C/ DIRECCION001 desde, al menos, el año 1996. 2º.- El 2 de diciembre de 2004 Mariano falleció, siendo solicitada por la demandante la pensión de viudedad, la cual le fue reconocida en cuantía de 474,98 euros correspondiente a un porcentaje de convivencia con el fallecido el 47,66%. 3º.- Se ha formulado la correspondiente reclamación previa resultando la misma desestimada."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Sonia frente al INSS, la TGSS, y la Mutualidad de la Minería, debo declarar y declaro el derecho de la actora a la percepción de una pensión de viudedad derivada del fallecimiento de Mariano en la cuantía y porcentaje que reglamentariamente corresponda considerando la existencia de convivencia de esta con el fallecido entre el 26 de julio de 1970 y el 22 de junio de 1987 y entre el 7 de julio de 1994 y el 2 de diciembre de 2004, y se condena a las demandadas a estar y pasar por tal pronunciamiento y al abono de las prestaciones correspondientes."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por INSS ante la Sala de lo Social del

Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 19-01-2007 , en la que consta el siguiente fallo: "Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la entidad gestora Instituto Nacional de la Seguridad Social-Mutualidad Laboral de la Minería del Carbón frente a la sentencia dictada el trece de diciembre de dos mil cinco por el Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón en proceso suscitado sobre pensión de viudedad por Sonia contra dicha recurrente y el servicio común Tesorería General, debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada."

TERCERO.- Por la representación del INSS se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 12-04-2007. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2005 (R-6086/03).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 25-09-07 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 22-05-08, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se centra el presente debate casacional en determinar si para el cálculo del porcentaje de la pensión de viudedad, debe computarse el tiempo, posterior a la separación legal de los cónyuges, en que éstos reanudaron la convivencia, pero no comunicaron su reconciliación al Organo judicial.

En el caso que resuelve la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social de Asturias de 19-01-2007 el INSS reconoció a la actora, separada legalmente de su esposo desde el día 22 de junio de 1987, y fallecido el 2-12-2004, pensión de viudedad en un porcentaje de convivencia con el fallecido del 47, 66 % sin computar el tiempo posterior a la reconciliación. A pesar de la sentencia de separación los cónyuges habían reanudado la convivencia en julio de 1994 , a consecuencia de la enfermedad mental del esposo, pasando a residir, junto a sus tres hijos en la vivienda atribuida al esposo, adquiriéndola la actora que levantó el embargo que pesaba sobre ella, sita en Gijón; los esposos a partir de 1994 mantenían cuentas bancarias conjuntas, figurando empadronados en la C/ DIRECCION001 desde al menos el año 1996; tras la oportuna reclamación previa, la actora interpuso demanda solicitando que le fuera reconocido también el período en que convivió con el causante después de la separación, aunque sin haber comunicado la reconciliación al Juzgado como prevé el *artículo 84 del Código Civil* . La sentencia de instancia, estimó parcialmente la demanda pese a que no constaba la referida comunicación. Y el posterior recurso de suplicación de la Entidad Gestora fue también desestimado por la sentencia recurrida argumentando estar probada la realidad de la convivencia desde el año siguiente a la separación, la causa a la que obedeció la reconciliación, y la grave enfermedad del esposo, incompatible con toda posibilidad de otorgamiento eficaz.

SEGUNDO.- El INSS recurrente, para justificar el requisito exigido por el *art. 217 LPL* , ha aportado como sentencia referencial la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo 23-02-2005 (R-6086/03), que en un supuesto prácticamente idéntico, de viuda que reclamaba que para el cálculo del porcentaje de su pensión se computara el tiempo posterior a la separación legal en que se mantuvo la convivencia conyugal aunque no se notificó la reconciliación al juzgado civil, revocó la de instancia que había estimado la demanda y absolvió al INSS de la pretensión deducida en su contra. Consideró dicha sentencia que la ausencia de la comunicación que prescribe el *art. 84 del Código Civil* , impide dar valor jurídico a la supuesta convivencia de hecho mantenida por los cónyuges tras su separación.

Concorre pues el requisito de la contradicción que exige el *art. 217 LPL* , lo que permite a la Sala resolver la cuestión planteada. No afecta a dicha contradicción lo alegado por la actora, en tramite de impugnación del recurso, de que los hechos de que parte la sentencia recurrida y la de contraste no son sustancialmente iguales, ya que mientras en la de contraste ambas partes deciden no comunicar la resolución al Juzgado, en la recurrida, al padecer el esposo una enfermedad mental (esquizofrenia paranoica) que hacía que tuviera sus facultades mentales disminuidas no existió posibilidad de comunicar la resolución al Juzgado, de ahí que no exista contradicción, pues ello no es relevante, pues pudo hacerlo la esposa, con independencia de lo que dispone el *art. 83 del Código Civil* , dado la concurrencia de estas circunstancias especiales; por tanto la enfermedad mental del esposo, si bien impidió comunicar al Juzgado por ambos cónyuges la reconciliación, no eximía a la esposa dada la circunstancia concurrente de hacerlo.

TERCERO.- En el motivo dedicado a fundamentar la infracción legal se afirma que la sentencia recurrida conculca lo dispuesto en los *artículos 83 y 84 del Código Civil* en relación con el *art. 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social*, porque, según entiende la Entidad Gestora haciendo suya la tesis de la referencial, la vida en común posterior a la separación solo puede acreditarse mediante la reconciliación debidamente comunicada al juez. A estos efectos debe indicarse que el *art. 174.2 LGSS* dispone que en el supuesto de separación la pensión de viudedad corresponderá al supérstite "en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido". Y por su parte, los invocados preceptos del Código Civil disponen que "la sentencia de separación produce la suspensión de la vida en común de los casados" (*art. 83*) y que "la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquella en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio" (*art. 84.1*)

CUARTO.- La cuestión planteada ha sido ya resuelta por las sentencias de esta Sala de 15 de diciembre de 2004 (R- 359/04), 2 de febrero de 2005 (R- 761/04), 23-02-2005 (R-6068/03), 28-02-2006 (R-5276/04), y 26-10-2006 (R-3163/05), a cuya doctrina hay que estar por lógicas razones de igualdad y seguridad jurídica en tanto no concurran circunstancias que aconsejen su modificación, que no se dan en el caso.

En la primera de ellas se razona que "la separación matrimonial, en tanto se mantiene el pronunciamiento judicial que la decreta produce -ex lege- unos determinados efectos, entre los que aparece, como el más esencial, el cese de la convivencia conyugal y la posibilidad de vincular bienes de otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (*art. 83 del Código Civil*). De aquí que, en tanto subsista y no se modifique por una nueva resolución judicial la decretada situación de separación matrimonial, la convivencia conyugal resulte legalmente inexistente, por más que pueda seguir dándose en la práctica o de hecho. Siendo esto así por las exigencias de la propia naturaleza de un Estado de Derecho, la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no puede surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha". Y llega a la siguiente conclusión: "para que la reconciliación de los cónyuges separados produzca efectos en el reconocimiento de la pensión de viudedad es preciso que se produzca la comunicación [de la reconciliación al órgano] judicial, que exige el *artículo 84 del Código Civil* .

Por su parte la sentencia de 2 de febrero de 2005 reitera que cuando la reconciliación no se comunica "se está ante una reanudación de hecho de la convivencia, que, si bien puede tener efectos ante los cónyuges, como se desprende del precepto citado ("la reconciliación ...deja sin efecto lo acordado" en el procedimiento de separación), no produce tales efectos ante terceros, condición que tiene obviamente la Entidad Gestora de la Seguridad Social, pues por razones de seguridad la reconciliación tiene que estar vinculada a un reconocimiento oficial". Y destaca que también "hay que tener en cuenta la necesaria publicidad, que, en principio, resulta predicable de las situaciones relativas al estado civil y si la sentencia que acordó la separación se inscribe en el Registro Civil también tendrá que inscribirse la reconciliación, que sólo puede tener acceso al Registro a través de la resolución que el órgano judicial adopte, una vez comunicada por los cónyuges la reconciliación conforme al *art. 84 del Código Civil* ".

En conclusión, la "vida en común" que se presume por el matrimonio (*art. 69 C.C.*) se suspende con la sentencia de separación (*art. 83*), lo que por cierto, no es incompatible con la reanudación temporal de la "vida en el mismo domicilio" (argumento "a sensu contrario" de la previsión del *art. 87*) porque se trata de una situación distinta -- precisamente porque no hay reconciliación -- de la "vida en común" (o "tiempo vivido con el cónyuge" en expresión del *artículo 174.2 LGSS*) que es propia de la convivencia conyugal. Y para que la reanudación de esa convivencia pueda dejar "sin efecto ulterior lo resuelto en el procedimiento de separación" (*art. 84, párrafo primero*), -- esto es, "la suspensión de la vida en común de los casados" que es el efecto propio de la sentencia de separación (*art. 83*) -- es necesario que "los cónyuges", es decir los dos de consuno y no uno solo, la pongan en conocimiento del juez civil que entendió de la separación. Mientras tanto no es posible hablar de convivencia con relevancia jurídica a los efectos que se discuten".

QUINTO.- De lo dicho se desprende que ha sido la sentencia referencial y no la recurrida la que ha resuelto conforme a derecho. Procede, por tanto, oír al Ministerio Fiscal, estimar el recurso de casación unificador interpuesto por el INSS, casando y anulando la sentencia recurrida; y resolver el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a la buena doctrina, lo que comporta la estimación del recurso de esta clase interpuesto por la Entidad Gestora, y la revocación la sentencia dictada en 13-12-2005 por el Juzgado de lo Social de Gijón, absolviendo al INSS de la pretensión deducida en su contra. Sin condena costas ni en este recurso, ni en el de suplicación, por no darse las circunstancias que autorizan su imposición (*art. 233.1. LPL*).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada el 19 de enero de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias , en recurso de suplicación nº 363/06 iniciados en el Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón, en autos núm. 320/05 , a instancias de Dña. Sonia contra el INSS, la TGSS, y el Instituto de la Minería y el Carbón, sobre pensión de viudedad. Revocando la sentencia dictada en 13-12-2005 por el Juzgado de lo Social de Gijón absolviendo al INSS de la pretensión deducida en su contra. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisprudencial de Procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Victor Fuentes López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.