



PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

¿AUTISMO ENTRE JURISDICCIÓN SOCIAL Y CIVIL?: EFECTOS DE SENTENCIA ANULATORIA DE SEPARACIÓN SOBRE LA CUANTÍA DE LAS PENSIONES DE VIUDEDAD

STS, Sala de lo Social, de 20 de enero de 2004

SOFÍA OLARTE ENCABO *

SUPUESTO DE HECHO: una viuda demanda el derecho al percibo de la pensión de viudedad en su integridad pese a que estuvo separada de su marido durante un período comprendido entre el 16 de mayo de 1985 (en que se dictó sentencia de separación) y octubre de 1996 en que se reanudó la convivencia. Posteriormente al fallecimiento de su marido la viuda solicitó ante el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción que se dejara sin efecto la sentencia de separación recaída con anterioridad, a lo cual accedió el Juzgado dictando la correspondiente Resolución. El INSS, reconoció inicialmente el 100% del 45%, pero, posteriormente, vía revisión de oficio se modificó el derecho reconocido, declarando percepciones indebidas y fijando la pensión en un porcentaje inferior de la base reguladora (el 36,79% del 45%). Tras la denegación de la reclamación previa se interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 12 de Valencia, en la que se desestimó la demanda formulada. Posteriormente, la Sala de lo Social de TSJ Valencia desestimó el recurso de suplicación.

RESUMEN: El TS (Rec. 91/2003, Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez) desestima el recurso de casación para la Unificación de Doctrina, confirmando la STJ de Valencia, de 10 de septiembre de 2002, la cual, desestimando el recurso de suplicación, confirmó la dictada por el Juzgado

* Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

de lo Social núm.12 de Valencia, absolviendo al INSS del pago de la pensión íntegra, por estimar que el cálculo ha de hacerse con sujeción estricta y proporcional al tiempo de convivencia, como señala literalmente la norma a aplicar, y aun cuando no haya que compartir dicha pensión con ninguna otra beneficiaria, tal y como efectivamente hizo el INSS.

ÍNDICE:

1. REFLEXIONES GENERALES SOBRE LAS PENSIONES DE VIUDEDAD EN LA EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL
2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA STS DE 20-01-04
3. VALORACIÓN DE LAS APORTACIONES Y SU CONTRIBUCIÓN JURISPRUDENCIAL

1. REFLEXIONES GENERALES SOBRE LAS PENSIONES DE VIUDEDAD EN LA EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

La protección que nuestro sistema de Seguridad Social dispensa en los supuestos de muerte y supervivencia es quizá una de las que más variaciones ha experimentado desde la vigencia de la Constitución de 1978. El legislador ha ido adaptado puntualmente estas pensiones, en especial la de viudedad, a los cambios normativos del Derecho de Familia que sucedieron a la CE (legalización en España del divorcio) y, en general, a una cambiante realidad social, sin que se haya acometido una reforma rupturista y de calado, sin entrar en los cambios sociales que se plantean hoy, tales como proliferación de uniones de hecho, parejas homosexuales, referencias a la figuras como el acogimiento, diferencias por razón de sexo, entre otros.

Estamos además ante prestaciones que han sido objeto de una intensa judicialización y el tema que nos ocupa no hace sino confirmarlo, poniendo de manifiesto, además, el protagonismo judicial en la configuración de estas pensiones más allá de la letra de la ley.

Uno de los cambios normativos más importantes en el régimen jurídico de la pensión de viudedad tras la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio, fue la extensión de la protección por viudedad a los supuestos de separación y divorcio. Ello supuso la desaparición del hasta ese momento exigido requisito de convivencia para causar derecho a la pensión de viudedad.

Aunque el precepto vigente al respecto no es otro que el art. 174 LGSS, en el tema que nos ocupa aquí, por el valor interpretativo que pudiera tener, interesa hacer mención a la Orden de 13 de febrero de 1967, concretamente al art. 7.º que refiriéndose a la «viuda» exige la «convivencia habitual» con el sujeto causante y, en el caso de que medie separación judicial, la acreditación mediante sentencia firme de su «inocencia» en relación a la separación o la existencia de una obligación de alimentos del marido.

Es claro que este precepto, formalmente no derogado, habría de entenderse implícitamente derogado por contradicción con las sucesivas reformas legales impuestas desde el texto constitucional. Sin embargo, nos llama la atención que este precepto aluda y discrimine en función de las causas que están en el fondo de la decisión de separación (y actualmente habría que extender estas reflexiones al divorcio). Y aunque «la inclusión en la regulación anterior de la exigencia de la constatación de la inocencia de la viuda en la separación, para reconocerle la pensión obedecía a razones ideológicas y morales trasnochadas que no merecen más comentario»¹, consideramos que no es correcto ignorar absolutamente las causas y situaciones reales que existen, como por ejemplo pudiera ser la un caso de violencia doméstica, tal y como se ha sugerido por la doctrina científica².

Los problemas se centraban en los casos en los que el vínculo matrimonial ha experimentado vicisitudes al fallecer el causante, lo cual fue resuelto por la LGSS, actualmente el art. 174.2 TRLSS mediante la supresión del requisito de convivencia para el acceso a la prestación, por lo que se ha de acreditar que se está o se estuvo casado con el causante para devengar la misma. En cambio, la convivencia ha adquirido ahora una gran relevancia para la determinación de la cuantía de la prestación, habiendo optado el legislador por la regla de la proporcionalidad al tiempo de convivencia matrimonial, en los supuestos de concurrencia de varios beneficiarios.

Como es sabido la cuantía de la pensión de viudedad se calcula aplicando el porcentaje establecido por el legislador en cada momento a la base reguladora (recientemente incrementado, introduciendo ciertas dosis de solidaridad por el RD 1465/2001 y el RD 1425/2002). Actualmente, la regla general es el 48% de la base reguladora, si bien puede llegar a ascender al 70% en función de la acreditación de determinadas circunstancias que indiquen una situación de necesidad (frente el criterio básico contributivo).

La LGSS contempla ciertas reglas especiales en caso de ruptura del vínculo matrimonial y sucesión de vínculos de esta índole, previendo la distribución entre los posibles beneficiarios en proporción al tiempo de convivencia con el causante. Sin embargo, con ello no quedaban resueltos todos los problemas, ya que se cuestionó si la Disposición Adicional 10.3 de la Ley 3071981 por la que se establece la regla de la proporcionalidad debiera aplicarse sólo en los casos de concurrencia de beneficiarios o si también a los casos de un beneficiario único (por lo que pese al divorcio, separación o nulidad) ex cónyuge o cónyuge único separado tendría derecho a la totalidad de la pensión con independencia del tiempo de convivencia.

¹ DÍAZ AZNARTE, M.^a T.: *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Bosch, 2003, p. 112.

² DÍAZ AZNARTE, *op. cit.*, y LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Violencia doméstica y Seguridad Social», *Práctica Social*, núm. 57, p. 27.

En la doctrina científica se han defendido ambas posturas (la restrictiva o atributiva y la distributiva o extensiva³), mientras que en la jurisprudencia parece haberse seguido una interpretación extensiva con criterios correctores como el acrecimiento del período entre dos matrimonios se produciría en proporción para el ex cónyuge. Así en la STS u.d. de 21 de marzo de 1995, de la que en absoluto se deduce que el tiempo de no convivencia del cónyuge superviviente pase a beneficiar a la Seguridad Social (tesis restrictiva).

Muy al contrario, el TS en su Sentencia, u.d. de 21 de marzo de 1995, dejaba claro que existen dos realidades diferentes: una la del viudo (cónyuge superviviente con vínculo matrimonial vigente en el momento del fallecimiento del causante) y otra la del ex cónyuge beneficiario. Para el TS aquél tendía derecho a la pensión íntegra, mientras que éste sólo tendría derecho a la parte proporcional al tiempo de convivencia con el causante⁴.

Posteriormente el TS, en caso de un solo beneficiario, modificando su anterior doctrina, se inclina por la reducir la cuantía de la pensión en proporción al tiempo real de convivencia con el causante (SSTS de 23 de abril de 1998, de 17 de mayo de 1999, de 14 de julio de 1999, de 19 de enero de 2000, de 6 de marzo de 2000, de 17 de julio de 2000 y de 26 de septiembre de 2000, entre otras. Por tanto, el TS vuelve a la más estricta tesis atributiva, considerando el principio de proporcionalidad en todos los casos y sin matizaciones, en la línea de una intensa opción economicista que beneficia a los intereses recaudatorios de la Seguridad Social.

En todo caso, si algo pone de manifiesto el cambio de criterio es que ciertamente la ley no es clara, y desde nuestro punto de vista caben distintas interpretaciones posibles, razón por la que es perfectamente defendible la vigencia y aplicación del principio pro beneficiario del que tantas veces ha hecho gala nuestro TS y que últimamente parece olvidado, sin que haya habido ningún hecho normativo que lo imponga.

En el tema que nos ocupa se ha de añadir, además, algo importante y es que hasta ahora el TS no se había pronunciado en los casos de un solo cónyuge, con separación y posterior reconciliación con auto judicial que «deja sin efecto ulterior lo resuelto en proceso de separación», ex art. 84. del CC. Circunstancia ésta que proporcionaría una argumentación adicional a contrario de la mantenida por el TS. En efecto, a parte de invocar el principio pro beneficiario, ante una norma que no resuelve de forma clara ni se refie-

³ Vid. ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, 1991, p. 155.

⁴ Vid. el comentario de esta Sentencia en PEÑA ALBIOL, S. y TEJERA GARCÍA, M.S.: «El derecho a la pensión de viudedad del cónyuge divorciado (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1995)», *Tribuna Social*, núm. 26, 1996, pp. 59 y ss.



re expresamente al supuesto de hecho, aquí se produce un hecho adicional: la existencia de un auto que deja sin efecto lo resuelto en proceso de separación, y esto desde nuestro punto de vista es lo suficientemente importante como para decir que el art. 84 CC sólo reconoce efectos *ex nunc* a la decisión judicial de dejar sin efecto la separación. Ello aun mas cuando la sala primera del TS ha reconocido puntualmente efectos *ex tunc* a dichas decisiones, aunque ciertamente no en relación a la pensión de viudedad.

2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA STS DE 20-01-04

El supuesto de hecho enjuiciado sobre pensión de viudedad parte de el siguiente supuesto fáctico considerado probado. La actora estuvo casada y convivió interrumpidamente con el su esposo desde 9 de mayo de 1981 hasta que en fecha de 16 de mayo de 1985, obtuvieron sentencia de separación, que después dejaría sin efecto a instancia de la viuda, por Auto del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sagunto de fecha 12 de abril de 2000. Tras más de once años de separación, reanudaron la convivencia por reconciliación desde el mes de octubre de 1996 hasta el fallecimiento del causante, ocurrida el 9 de mayo de 1999.

El Juzgado de los Social núm. 12 de Valencia, dictó sentencia de 27 de noviembre de 2001, desestimando la demanda planteada por la actora, en la que se pedía el reconocimiento de una pensión de viudedad en cuantía equivalente al 45% de la base reguladora, frete a la decisión revisada del INSS de abonársela en un 36,79%, porcentaje proporcional al tiempo de convivencia con el causante.

Recurrida la Sentencia de instancia en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en Sentencia de 10 de septiembre de 2002 desestimó el mismo, al entender que la pensión se había calculado por la Entidad Gestora adecuadamente, vinculando el porcentaje al tiempo real de convivencia, pero excluyendo todo el período en el que no hubo vida en común, no reconociendo por tanto virtualidad sobre la pretensión de existencia de una decisión (un Auto) del Juzgado de 1.ª Instancia que dejó sin efecto la separación, aplicando el art. 84 del Código Civil a instancia de la demandante y después de fallecido su esposo.

La Sentencia que invoca la demandante como contradictoria para justificar la procedencia del recurso en unificación de doctrina, tal y como exige el art. 271 de la LPL (cuyos requisitos se cumplen en el caso analizado) es la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de noviembre de 2000. En ella, se viene a resolver un supuesto en el que los hechos, los fundamentos y las pretensiones son sustancialmente iguales a los de la sentencia recurrida, ya que se trata también de una

viuda que se separó legalmente de su marido, dejó de convivir durante unos años y después del matrimonio se reconcilió, instando judicialmente la acción correspondiente para dejar sin efecto la sentencia de separación, a lo que accedió el Juzgado de 1.ª Instancia. Esta sentencia de contraste llegó a la conclusión de que la reconciliación matrimonial judicialmente tramitada, aunque no se hubiese comunicado al Juez de la separación, había de surtir efectos eliminando los propios de la separación, y por ello, haciendo computable el período de no convivencia a los efectos de calcular el porcentaje de la pensión de viudedad, de manera que así se alcanzaba el 45% postulado.

El precepto infringido sería el art. 174.2 de la LGSS, en relación con el contenido del Disposición Adicional 10.ª de la Ley 30/1981, de 7 de junio, en cuanto establecen con redacción sustancialmente idéntica, a los efectos que nos ocupan que «en los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en su cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o divorcio» y todo ello en relación con lo dispuesto en el art. 84 del Código Civil. Por tanto, lo que se trata de dilucidar es si la viuda demandante tiene derecho al percibo de la pensión en su integridad, otorgando efectos *ex tunc*, desde el principio, a la decisión judicial de dejar sin efecto la separación o, por el contrario, ha de hacerlo con sujeción al porcentaje que se extrae del tiempo de convivencia acreditada en sentido estricto.

El TS señala en su Fundamento Jurídico Tercero, sin embargo, otras sentencias en las que esta Sala ya ha conocido de una parte de la cuestión, «de una parte previa del problema planteado», en las sentencias de 25 de enero de 2000, de 21 de marzo de 2000, de 3 de julio de 2000 y de 26 de septiembre, entre otras. Y en todas ellas se ha analizado la situación de una divorciada o separada que reclamaba la pensión de viudedad a la muerte de su anterior marido, sin concurrir con ninguna otra beneficiaria, y en todos los supuestos se ha llegado a la conclusión de que la pensión de la sobreviviente debe ser proporcional al tiempo de convivencia, en los términos literalmente establecidos por la ley, «aun cuando no haya de compartir dicha pensión con ninguna otra beneficiaria».

Desde nuestro punto de vista, el único sentido que tiene la cita por parte del TS de esta línea jurisprudencial, al caso que nos ocupa es dejar bien sentado, que la regla de proporcionalidad si aplica con independencia de concurrencia o no de otra u otras beneficiarias, ya que lo determinante ha de ser el tiempo efectivo de convivencia. Sin embargo, desde nuestro punto de vista este planteamiento es superfluo, primero, por conocido y, segundo, porque la demanda no se basa en este argumento (la ausencia de otras beneficiarias con las que hacer un prorrateo proporcional) sino en otro bien distinto, la existencia de un Auto de deja sin efecto la separación judicial. Sin duda el TS pretende un efecto pedagógico, pero en el caso que nos ocupa produce



una cierta desviación de la atención, a un tema, por lo demás perfectamente conocido.

En efecto, en el tercer párrafo de este Fundamento Tercero el TS recoge literalmente el texto de su Sentencia de 21 de marzo de 2000, insistiendo en un problema y una doctrina que no es la que planea el supuesto de hecho aquí enjuiciado. En dicha sentencia, al igual que en las restantes citadas, se trata de supuestos de divorcio y se hacen reflexiones generales sobre la evolución histórico-normativa experimentada por esta prestación. Nos recuerda que la reforma de 1981 permitió el nacimiento de la pensión de viudedad en el caso de personas separadas o divorciadas, rompiendo con el tradicional requisito de exigencia de convivencia en el momento del hecho causante. Igualmente se alude a los problemas planteados por el régimen transitorio de 1991 en el que se señalaba de forma expresa la regla de la proporcionalidad al tiempo de convivencia, ya que la convivencia no constituía una condición exigible para el devengo de la prestación. Por tanto, recuerda el TS, parafraseando su Sentencia de 2000, se habrá de estar al tiempo de convivencia tanto en el caso de separados como de divorciados, con o sin concurrencia de beneficiarios.

El TS entra en el fondo del asunto en el cuarto párrafo de su F.J 3.º, al señalar «lo que no se resuelve en esa doctrina unificada es el problema que aquí se plantea frontalmente como decisivo para el percibo de la pensión postulada», que como hemos señalado es el de determinar los efectos que, sobre esa exigencia de tiempo de convivencia con el causante de la pensión, tiene el Auto del juez civil de dejar sin efecto una anterior decisión judicial de separación.

El art. 84 del Código Civil, que se refiere a la reconciliación en el procedimiento de separación, dispone: «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 del litigio».

Para determinar el valor y alcance jurídico que se haya de reconocer por la jurisdicción al Auto del juez civil, el TS invoca a la doctrina científica y a numerosas sentencias de Audiencias Provinciales (por ejemplo la de 10 de abril de 2003, de Salamanca o la de 11 de noviembre de 2002 de Málaga), ya que no existen sentencias al respecto del propio TS que no ha abordado frontalmente los efectos jurídicos de la reconciliación matrimonial. Basándose en estas sucinto razonamiento o fundamento, el TS considera que los efectos derivados de la reconciliación ex art. 84 CC «no pueden tener efecto retroactivo, como así se desprende de la propia literalidad del precepto cuando se utiliza la expresión “sin efecto ulterior”».

Otro argumento del TS para justificar el alcance limitado de la reconciliación es el de la posibilidad de pervivencia de algunos de los efectos de la separación aún después de la reconciliación, como es el caso de las me-

didadas adoptadas en relación con los hijos (pfo. 2.º del art. 84.2 CC) o la separación de bienes subsiguiente a la separación matrimonial (art. 1443 CC).

Posteriormente, en el último párrafo del fundamento jurídico tercero, el TS se refiere a la cuestión central: la interpretación del art. 84 CC. Señala en TS que «en el referido precepto no se contiene ninguna expresión que pueda conducir a la interpretación de que la virtualidad de la decisión judicial sin efecto lo resuelto en el proceso de separación produzca el de hacer inexistente a los efectos de la convivencia el período en que la misma no existió, o como se dice en la sentencia recurrida «con relación a la prestación postulada, la reconciliación matrimonial dejó sin efecto alguno dicha separación». Por el contrario, el art. 84 CC únicamente establece que la reconciliación efectuada con arreglo al mismo deja sin efecto anterior lo que se hubiese resuelto en la decisión, en la sentencia de separación, pero en modo alguno puede suponer la eliminación de la realidad material que consiste en el hecho de que durante el tiempo que media entre la separación y la reconciliación no hubo vida en común o tiempo vivido, con el cónyuge fallecido, como dice literalmente el art. 174.2 de la LGSS, puesto que, además, la ausencia de vida en común es el efecto constitutivo, típico y más característico de la sentencia de separación matrimonial» (art. 83 CC)».

Por tanto, para el TS la separación que implica la no convivencia determina que ese período no sea considerado en el cálculo y cuantía de la pensión, sin ningún tipo de matización ni alusión a otras consideraciones. Y son estos escuetos razonamientos los que llevan al tribunal a desestimar el recurso de casación, sin condena de costas.

Desde nuestro punto de vista estamos ante una sentencia no del todo satisfactoria, ya que dedica más atención a fundamentar un problema ya resuelto, la aplicación de la proporcionalidad al tiempo de convivencia, aún en el caso de que sólo exista un beneficiario (tesis restrictiva), existiendo ya una consolidada línea jurisprudencial en este sentido. En contraste presta escasa atención a la cuestión nueva que en el supuesto de hecho se plantea y lo hace sin convicción y con escasez de reflexión y argumentos.

Por sugerir algunas líneas de reflexión:

- 1.º ante una duda interpretativa, por falta de expresa previsión legal ¿no es posible volver a invocar el principio pro beneficiario como principio interpretativo en este ámbito?
- 2.º creemos que es posible dar algún valor interpretativo a la Orden de 13 de febrero de 1967, art. 7, y entrar a considerar las causas de esa separación (malos tratos, alcoholismo, toxicomanía).

— es necesario adoptar una interpretación del término «convivencia» más flexible, en atención a la realidad social, tal y como sucedió con las prestaciones por desempleo no contributivas en el caso de los trabajadores extranjeros cuyas familias permanecían en los países de origen. En estos casos, la jurisprudencia primero, y la evolución normativa después se decantaron



a favor de un criterio flexibilizador en el que lo relevante era la dependencia económica del causante.

Desde nuestro punto de vista, la existencia de una reconciliación tras once años de separación es un hecho tan poco frecuente que exigiría al juzgador cuestionarse tanto las razones como cuál ha sido la relación económica y familiar de ambos cónyuges durante ese período, ya que es posible que aunque no existiera una convivencia en sentido estricto, hay indicios (puesto que ha habido reconciliación tras un lapso de tiempo amplio) que las relaciones no se rompieron, que hubo una proximidad y hasta es posible que perviviera el régimen de gananciales. Cuestiones éstas que no entra a considerar el TS, resultaría grotesco pensar en consideraciones moralistas tales como que el TS parece adoptar una rigidez moralizadora contra las separaciones, o, según se mire, antimatrimonialista (desincentivando la reconciliación). A parte de estos planteamientos absurdos, sólo hay un beneficiario de esta línea jurisprudencial: las arcas de la Seguridad Social. Y aunque éste sea un argumento legítimo, y hasta encomiable por la defensa de lo público frente a lo privado en los tiempos que vivimos, lo cierto es que este celo economicista choca con principios como la equidad, la ponderación y la proporcionalidad.

3. VALORACIÓN DE LAS APORTACIONES Y SU CONTRIBUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Hemos ya señalado los argumentos, los posibles argumentos a contrario y hemos hecho manifestación, con cierta vehemencia, de la STS de 20-01-04. Por tanto, en este momento de recapitulación, a modo de conclusión final, sólo nos queda por añadir algo que ya viene denunciando nuestra doctrina y es la necesidad de emprender un estudio serio que permita una reforma de calado de las prestaciones por muerte y supervivencia que permita una regulación más adecuada a la realidad social.

Hasta ahora se han producido puntuales y progresivas modificaciones legales que de forma atropellada tratan de ir poniendo «parches» a los desajustes continuos que un sistema trasnochado va planteando. Sin embargo, y esta Sentencia es un exponente de esta necesidad, es necesario un esfuerzo mayor y acometer una reforma global y amplia.

De otro lado esta Sentencia pone de manifiesto algo sobre lo que hemos pretendido llamar la atención, que no es otra cosa que la escasa vertebración del Derecho, que padece un continuo proceso de sectorialización sin idea de conjunto, como si todas las ramas, sectores y subsectores fueran piezas autónomas e inconexas. De este modo, como el Derecho es uno y todas sus divisiones son permeables, surgen problemas de descoordinación, de verdadero autismo jurídico.



Por ello, más y concretamente en lo que aquí nos ocupa y de cara a repensar la protección por muerte y supervivencia en el Derecho de la Seguridad Social, no se puede acometer una reforma de calado de espaldas al Derecho de Familia, hoy muy interesado precisamente en la mediación familiar. En esta línea los proyectos del Ministerio de Trabajo del nuevo gobierno sobre una ley integral sobre violencia de género ¿tendrán también en cuenta sus implicaciones en el ámbito de la Seguridad Social?

