

Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, Sentencia de 21 Dic.
2010, rec. 616/2010

Ponente: Sánchez-Parodi Pascua, María del Carmen.
Nº de Sentencia: 1045/2010
Nº de Recurso: 616/2010
Jurisdicción: SOCIAL
Tipo de recurso de la resolución: SUPPLICACION

MATRIMONIO. Disposiciones comunes a la nulidad, la separación y el divorcio. Efectos de la nulidad, la separación y el divorcio. Pensión compensatoria al cónyuge perjudicado. SEGURIDAD SOCIAL. Prestaciones económicas de la Seguridad Social. Muerte y supervivencia. Pensión de viudedad.

Normativa aplicada

TEXTO

En Santa Cruz de Tenerife, a 21 de diciembre de 2010.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Santa Cruz de Tenerife, formada por los/as Ilmos. /as Sres. /as Magistrados D. /Dna. MARIA DEL CARMEN SANCHEZ PARODI PASCUA, D. /Dna. ANTONIO DORESTE ARMAS y D. /Dna. ADRIANA FABIOLA MARTIN CACERES, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000616/2010, interpuesto por D. /Dna. Violeta , frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social No 5 de Santa Cruz de Tenerife en los Autos 0001024/2009 en reclamación de Derechos, ha sido Ponente el/la Ilmo. /a Sr. /a. D. /Dna. MARIA DEL CARMEN SANCHEZ PARODI PASCUA.

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por D./Dna. Violeta , en reclamación de Derechos siendo demandado D./Dna. INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 22 de febrero de 2010, por el Juzgado de referencia, con carácter desestimatorio.

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: PRIMERO.- D. Arcadio , afiliado a la Seguridad Social, falleció el día 9 de mayo de 2009. SEGUNDO.- Da. Violeta había estado casada y conviviendo con D. Arcadio desde octubre de 1977 hasta que en sentencia de 4 de junio de 1985 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Santa Cruz de Tenerife se declaró la separación judicial del matrimonio.

En dicha sentencia se fijó a cargo del esposo una cantidad de 20.000 pesetas mensuales en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, sin hacer pronunciamiento sobre pensión compensatoria. Con posterioridad a dicha sentencia, los cónyuges

tuvieron otro hijo -nacido en septiembre de 1988- y convivieron en un mismo domicilio -en el número NUM000 de la calle DIRECCION000 , del barrio de San Andrés de Santa Cruz de Tenerife-. No se comunicó al juzgado la reconciliación de los cónyuges. TERCERO.- La demandante solicitó el 22 de mayo de 2009 del Instituto Nacional de la Seguridad Social el reconocimiento de una pensión de viudedad. CUARTO.- En resolución de fecha 22 de junio de 2009 la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social resolvió denegar a la demandante la pensión de viudedad solicitada, por no tener derecho, en el momento del fallecimiento, a la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil , de acuerdo con el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción dada por la Ley 40/2007. QUINTO.- El día 28 de julio de 2009 la parte demandante presentó reclamación previa, que fue desestimada en resolución con fecha de salida 11 de agosto de 2009.

TERCERO.- Que el Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: Debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda presentada por Da. Violeta , y, en consecuencia, absuelvo a las demandadas Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social de todas las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D./Dna. Violeta , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 20 de Diciembre de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A tenor de lo establecido en el art. 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral , recurre la representación de la demandante a fin de revisar el hecho probado segundo, párrafo tercero, y se haga constar: "Con posterioridad a dicha sentencia, los cónyuges tuvieron otro hijo -nacido en septiembre de 1988- y convivieron en el mismo domicilio -en el número NUM000 de la DIRECCION000 , del barrio de DIRECCION000 de Santa Cruz de Tenerife" de forma marital desde 1987 y hasta el fallecimiento de D. Arcadio ocurrido el 9 de mayo de 2009".

Se apoya en la certificación del Ayuntamiento de 5 de agosto de 2009, obrante al folio 77 de las actuaciones.

Esta Sala tiene dicho respecto a los hechos probados: "los requisitos que se exigen para la pretendida revisión son los que siguen:

- a) La concreción exacta del que haya de ser objeto de revisión.
- b) La precisión del sentido en que ha de ser revisado; es decir si hay que adicionar, suprimir o modificar algo. En cualquier caso, y por principio, se requiere que la revisión tenga trascendencia o relevancia para provocar la alteración del fallo de la sentencia.
- c) La manifestación clara de la redacción que debe darse al hecho probado, cuando el sentido de la revisión no sea la de su supresión total.

Por lo que se refiere a la forma de instrumentalizar la revisión:

- a) Se limitan doblemente los medios que pongan en evidencia el error del Juzgador; por otra parte, porque en los diversos medios probatorios existentes únicamente puede acudir a la prueba documental, sea ésta privada -siempre que tenga carácter indubitado- o pública, y a la prueba pericial; por otra parte, porque tales medios de prueba, como corresponde a un recurso extraordinario, sólo pueden obtenerse de los que obran en autos.
- b) No basta con que la revisión se base en un documento o pericia, sino que es necesario señalar específicamente el documento objeto de la pretendida revisión.
- c) El error ha de evidenciarse simplemente del documento alegado en el que se demuestre su existencia, sin necesidad de que el recurrente realice conjeturas, hipótesis o razonamientos; por ello mismo se impide la inclusión de afirmaciones, valoraciones o juicios críticos sobre la prueba practicada. Esto significa que el error ha de ser evidente; evidencia que ha de destacarse por si

misma, superando la valoración conjunta de las pruebas practicadas que haya podido realizar el juzgador a quo.

d) No pueden ser combatidos los hechos probados si éstos han sido obtenidos por el Juez del mismo documento en que la parte pretende amparar el recurso."

El motivo no ha de tener acogida puesto que tales hechos ya constan bien en el relato fáctico o en la fundamentación jurídica con valor de hecho probado, por lo que su inclusión es intrascendente.

Interesa sea revisado el hecho probado segundo, último párrafo, proponiendo como texto alternativo: "Da Violeta no ha trabajado nunca y carecía de ingresos propios en 1985 y D. Arcadio siempre ha trabajado con regularidad, salvo períodos puntuales de desempleo, percibiendo últimamente un sueldo que suponían cotizaciones a la seguridad social superiores a los 1.100 € mensuales".

Se apoya en diferentes documentos aportados por la parte bajo no 1, 3, 4 y 5.

Dicho motivo tampoco ha de alcanzar éxito puesto que de igual forma es intrascendente para el fallo.

Solicita una adición de un nuevo hecho probado, como último párrafo del hecho probado segundo, del siguiente tenor: "El 6 de marzo de 1992 el INSS facilitó a D. Arcadio cartilla de situación familiar del beneficiario, con familiares a cargo del beneficiario, constando como esposa Da Violeta , además de los cuatro hijos que vivían en el domicilio familiar en ese momento".

Se apoya en un documento obrante al folio 89 de las actuaciones. Dicho motivo está abocado al fracaso porque su inclusión deviene estéril ante la situación planteada en este litigio y por las razones que a continuación se expondrán.

SEGUNDO.- En vía de censura jurídica y al amparo del art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral , recurre dicha parte por infracción del art. 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social .

Esta Sala dictó sentencia, con fecha 8 de julio de 2010 , donde indicó: «En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos de cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o hay sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a quienes siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil , ésta quedará extinguida por fallecimiento del causante".

Por tanto y efectuando una interpretación literal y teleológica del precepto, tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre , esto es, a partir del 1 de enero de 2008, sólo los cónyuges separados o los divorciados que tuviesen derecho a pensión compensatoria ex art. 97 del Código Civil , pueden tener derecho a una pensión de viudedad causada por su cónyuge o ex cónyuge, y siempre que la misma se extinga por la muerte del mismo, es decir, teniendo en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el art. 101 del Código Civil la muerte del deudor de la pensión compensatoria no extingue la misma, sólo en los concretos casos en donde dicha situación se produzca se originará derecho al supérstite de percibir una pensión de viudedad.

Llegados a este punto ha de concluirse que la demanda ha de ser desestimada puesto que la entidad gestora ha aplicado de forma correcta los presupuestos del art. 174.2 de la LGSS .

En este mismo sentido, señalar que la entrada en vigor de la actual Ley 40/2007 , en modo alguno restringe los derechos de la actora, puesto que el pretendido derecho a la pensión de viudedad no es genérico ni se tiene o mantiene durante la vida de su consorte, sino que nace exclusivamente tras su fallecimiento ex art. 171 de la LGSS , y para su reconocimiento sólo pueden tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes al tiempo de que tal hecho se produzca.

En relación con lo explicitado, no se considera que se produzca tras la nueva redacción del art. 174.2 de la LGSS , un trato discriminatorio o desigual, proscrito por el art. 14 de la Constitución, entre cónyuges con derecho a pensión compensatoria de

los que no lo tienen reconocido en lo que al derecho al percibo de la pensión de viudedad se refiere, puesto que no hay que olvidar que se trata de una pensión de supervivencia que trata de paliar la falta de ingresos económicos por causa de la muerte de uno de ellos, circunstancia ésta que no produce en los casos de ausencia de pensión compensatoria, puesto que la muerte no ocasiona una merma de ingresos por esta causa al superviviente, tal y como anteriormente se ha indicado.»

TERCERO.- La Disposición Transitoria 18 precitada establece: "El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley , cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un período de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:

La existencia de hijos comunes del matrimonio o

Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.

La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre , de medidas en materia de Seguridad Social.

En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad.

En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre , de medidas en materia de Seguridad Social.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley ."

Sin embargo, aplicando tal disposición, la demandante tampoco tiene derecho a que se le conceda la pensión que solicita puesto que no reúne los requisitos expuestos para acceder a la misma, en tanto en cuanto el vínculo matrimonial no tuvo la duración mínima de diez años, ya que los esposos se casaron en octubre de 1977 y la separación tuvo lugar el 4 de junio de 1985. A todo ello hay que añadir que la situación acaecida después de dicha separación, es decir, la convivencia, no fue comunicada al Juzgado, por lo que no produce "per se" efectos frente a terceros.

CUARTO.- La demandante había planteado también que se le concediera el auxilio por defunción, si bien el Magistrado a quo no se ha pronunciado al respecto. Ello acarrearía una nulidad de la sentencia por incongruencia omisiva pero dado que la parte, a través de su recurso, dice que por economía procesal no la plantea, esta Sala tampoco va a proceder a ello.

Deduca la parte que se ha conculcado el art. 173 de la Ley General de la Seguridad Social .

Evidentemente aunque no consta en hechos probados que la actora haya satisfecho los gastos de sepelio, se presume que si posteriormente a la separación volvió a convivir con el que había sido su cónyuge, es ella quien los ha pagado, teniendo pues derecho al mismo puesto que así lo dice la doctrina en sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Granada, de 8 de abril de 2003 , que concede el auxilio de defunción a la mujer divorciada del causante por existir real convivencia en el momento del óbito.

Luego, en este sentido la sentencia ha de ser revocada en parte, al tener derecho al auxilio de defunción que solicita.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por D./Dna. Violeta contra la Sentencia del

Juzgado de lo Social de referencia de fecha 22 de febrero de 2010 , en reclamación de Derechos y en consecuencia debemos revocar y revocamos en parte la sentencia de instancia en el sentido de reconocer el derecho de la actora a percibir el auxilio de defunción, condenando a la parte demandada a estar y pasar por tal declaración y al pago del mismo, confirmando el resto de la Resolución.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social No 5 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes y con advertencia a las mismas de que contra la presente Resolución podrá interponer sólo Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral, advirtiéndose, en relación con los dos últimos preceptos citados, que el depósito de los 300 euros, así como el importe de la condena, deberá efectuarse por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social y no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberse efectuado en la c/c no 3777 que esta Sala tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1101, de la calle Villalba Hervás, 12, 38002 de Sta. Cruz de Tenerife, haciendo constar el código no 66 (Recursos de Casación Laboral) y a continuación número y año del rollo de suplicación, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Remítase testimonio a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior Sentencia, por el/la Ilmo. /a Sr. /a Magistrado/a Ponente, que la suscribe en el Sala de Audiencia de este Tribunal. Se envía testimonio a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, en unión del correspondiente oficio de remisión. Doy fe.