

**Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, Sentencia 487/2017 de 11 Jul. 2017, Rec. 272/2017**

**Ponente: Cano Murillo, Alicia.**

**Nº de Sentencia: 487/2017**

**Nº de Recurso: 272/2017**

**Jurisdicción: SOCIAL**

Tener hijos tras la separación judicial es prueba de la reconciliación para percibir la pensión de viudedad

PENSIÓN DE VIUEDAD. Separación judicial del matrimonio con posterior reconciliación que no es comunicada al Juzgado. En este caso, el cónyuge supérstite tiene derecho a la pensión de viudedad pues si bien es cierto que no se fijó una pensión compensatoria, lo fue porque en ese momento no había hijos comunes, pero tras la reconciliación han nacido dos hijos del matrimonio, y la actora ha convivido con el fallecido durante todo el tiempo. Es más, la reconciliación es un hecho notorio desde el momento en que aparece inscrito en el Registro Civil el nacimiento de los hijos comunes a posteriori.

*El TSJ Extremadura estima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Badajoz y declara el derecho de la actora al percibo de la pensión de viudedad.*

**T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL**

**CACERES**

**SENTENCIA: 00487/2017**

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

**Tfno:** 927 62 02 36-37-42

**Fax:** 927 62 02 46

**NIG:** 06015 44 4 2016 0002885

Equipo/usuario: MAG

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0000272 /2017**

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0000625 /2016

Sobre: VIUEDAD

**RECURRENTE/S D/ña** Angelica

**ABOGADO/A:** MANUEL DAVID RODRIGUEZ HOLGUIN

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** INSS INSS

**ABOGADO/A:** LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**ILMOS.SRES. MAGISTRADOS**

**DON PEDRO BRAVO GUTIERREZ**

**DOÑA ALICIA CANO MURILLO**

**DON CASIANO ROJAS POZO**

En CÁCERES, a Once de Julio de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL DEL T.S.J. DE EXTREMADURA, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA nº 487/17**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por el Sr. Ldo. D. Manuel David Rodríguez Holguín en nombre y representación de DOÑA Angelica , contra la sentencia de fecha 17/01/2017, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 02 de BADAJOZ , en el procedimiento número 625/2016, seguido a instancia de la recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Doña ALICIA CANO MURILLO,

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** DOÑA Angelica presentó demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 20/2017, de fecha 17/01/2017 .

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO. D<sup>a</sup>. Angelica y D. Agustín contrajeron matrimonio el 08-05-1999. SEGUNDO. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mérida dictó sentencia el 9 de marzo de 2002 cuyo fallo era del tenor literal siguiente: 1. SE CONCEDE LA SEPARACIÓN LEGAL DEL MATRIMONIO formado por Agustín y Angelica . 2. Asimismo, se aprueba la propuesta de convenio regulador propuesto por los cónyuges de fecha dieciséis de febrero de dos mil dos. 3. Firme la presente resolución, remítase testimonio de la misma al Registro Civil de Mérida, a fin de practicar la correspondiente anotación (folio 49). TERCERO. En el punto II del convenio encabezado como Pensión compensatoria o por desequilibrio a satisfacer por alguno de los cónyuges se recogía: Dada la situación económica y laboral de los cónyuges y puesto que ambos cuentan con ingresos dinerarios periódicos y propios, teniendo en cuenta las circunstancias enumeradas en el art. 97 del Código Civil , ambos cónyuges reconocen que su separación no implica en modo alguno un empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio, por lo que ahora y en el futuro renuncian recíprocamente a cualquier pensión de esta clase (folio 55). CUARTO. La separación fue inscrita en el Registro Civil (folio 57). QUINTO .En mayo de 2004 se produjo la reconciliación sin comunicación al Juzgado (no controvertido). SEXTO. El matrimonio tuvo dos hijos nacidos el NUM000 -2005 y el NUM001 -2007 (folio 80). SÉPTIMO. Ninguna de las partes constituyó pareja de hecho independiente (no controvertido).OCTAVO. D. Agustín falleció el 18 de mayo de 2016 tras una enfermedad (folio 59). NOVENO. La Sra. Angelica solicitó pensión de viudedad y seguido expediente, se dictó resolución por el INSS el 23 de junio de 2016 en el sentido de denegar la prestación instada por los siguientes motivos: 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 220.1 de la Ley General de la Seguridad Social , aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (BOE 31/10/15). Por haber transcurrido un período de tiempo superior a diez años entre la fecha de separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad de acuerdo con la Disposición Transitoria Decimotercera de la Ley General de la Seguridad Social , aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de

30 de octubre (BOE 31/10/15). Por no tener cumplida la edad de 65 años en la fecha de la solicitud, según lo establecido en el apartado 2 de la Disposición Transitoria Decimotercera de la Ley General de la Seguridad Social , aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015 , de 3 de octubre (BOE 31/10/15) (folio 63).DÉCIMO. Formulada reclamación previa el 14 de julio de 2016, fue desestimada por resolución de 6 de septiembre de 2016. UNDÉCIMO. D<sup>a</sup>. Angelica fue la cuidadora principal de su marido durante su enfermedad y hasta su fallecimiento .DUODÉCIMO. La Sra. Angelica se encuentra de alta en Seguridad Social por el S.E.S. GERENCIA DE ÁREA desde el 17/03/07 sin que conste baja desde esa fecha (folio 123 y ss). Con anterioridad y salvo breves períodos de tiempo prestó servicios para distintas empresas y también para el S.E.S. según aparece en su vida laboral que se da por reproducida (folio 123).DECIMOTERCERO. El 13/03/2007 fue nombrada por el S.E.S. como personal no sanitario interino para plaza vacante (folio 92).

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: DESESTIMO la demanda presentada por D<sup>a</sup> Angelica contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Por ello, absuelvo a dicha demandada de todos los pedimentos contra ella dirigidos.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la demandante, interponiéndolo posteriormente. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron entrada en fecha 18/4/2017.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día para los actos de deliberación, votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes,

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta, en la que se interesaba el reconocimiento de pensión de viudedad por el fallecimiento, en fecha 18 de mayo de 2016 , del Sr. Agustín , quien contrajo matrimonio con la actora en fecha 8 de mayo de 1999 decretándose su separación judicial por sentencia de 9 de marzo de 2002 , no fijándose pensión compensatoria, sin que hubiera hijos antes de la separación judicial, reconciliándose en mayo de 2004, tras lo cual nacieron dos hijos, en fechas NUM000 de 2005 y NUM001 de 2007, sin que cesara la convivencia y siendo la demandante la principal cuidadora de su marido durante su enfermedad y hasta su fallecimiento. Y desestima la pretensión, primeramente por aplicación del artículo 220 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en concreto el apartado 1, párrafo segundo, partiendo del aserto de que la reconciliación no puede tener efectos en el supuesto examinado, por aplicación del artículo 84 del Código Civil y la jurisprudencia que cita, puesto que en la sentencia de separación no se fijó pensión compensatoria. Y en cuanto a la alegación efectuada por la demandante relativa a que, dado que no se comunicó la reconciliación al Juzgado, se considere la descrita unión como pareja de hecho, fue desestimada, con cita de la jurisprudencia en la materia, por cuanto que la existencia de vínculo matrimonial excluye la situación de pareja de hecho, que además debe cubrir las formalidades previstas en el número 2 del artículo 221 del TRLGSS de 2015 .

**SEGUNDO:** Frente a dicha decisión se alza la vencida en la instancia, interponiendo el presente recurso de suplicación, y en un primer motivo de recurso interesa la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, amparado en el apartado b) del artículo 193 de la LRJS , con una defectuosa técnica procesal al introducir preceptos sustantivos y doctrina del Tribunal Supremo, así como sentencias del Tribunal Constitucional. Y afirma, primeramente, en dicho motivo, que el matrimonio no estaba disuelto, por aplicación del artículo 84 del Código Civil , invocando que queda acreditada su existencia mediante el testamento del causante que ha pretendido incorporar en esta fase de recurso, y que ha sido rechazada la unión al recurso por auto de fecha 1 de junio de 2017, en aplicación del artículo 233.1 de la LRJS , el libro de familia que consta a los folios 16, 17 y 18, y certificado del Registro Civil de inscripción de hijos comunes, folio 19 de los autos, en el que constan los progenitores, la demandante y el causante, como casados, por exhibición del libro de familia, hijos que nacieron tras la reconciliación, desde la que los cónyuges vivieron juntos hasta el fallecimiento del causante, y la demandante atendió a éste durante su larga enfermedad. Pues bien, de lo que alega el recurrente, dada la condición de documento público, si podemos tener en cuenta la certificación de hijos comunes, adicionando

que en dicho certificado se refiere expresamente que están casados, pues en lo que atañe al Libro de Familia, a él se remite la sentencia de instancia en el hecho probado sexto.

**TERCERO:** Del examen del recurso, ya en el motivo dedicado a la revisión jurídica sustantiva, ex artículo 193 c) de la LRJS , se extrae que el recurrente articula dos vías de denuncia, una para mantener la existencia del matrimonio y el derecho a la pensión de viudedad, con cita de la sentencia, entre otras, del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2013, Rec. 3909/2011 , aludiendo a la disposición transitoria del TRLGSS sobre pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, en relación a la no exigencia del requisito de haber fijado la sentencia de separación pensión compensatoria ex artículo 97 del Código Civil , que no sería aplicable pues entre la fecha de la separación judicial y el fallecimiento mediaron más de diez años, y otra, con cita del artículo 220.1 del TR de la LGSS de 2015 , para mantener en todo caso que existiría una pareja de hecho, con cita de las sentencias que estima por conveniente.

En cuanto a lo que plantea el recurrente en primer lugar, respecto de la existencia del matrimonio a todos los efectos, cierto es, como razona la sentencia de instancia, que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en las sentencias que cita y en la más reciente de 16 de febrero de 2016, rec. 33/2014 , viene manteniendo, que en los supuestos de separación judicial con posterior reconciliación no comunicada, el cónyuge superviviente no tiene derecho a pensión de viudedad ni por esta vía ni por la de la pareja de hecho. Mantiene el Alto Tribunal que con la separación sigue vigente el vínculo matrimonial, de manera que con la reconciliación no se constituirá una convivencia con análoga relación de afectividad, constitutiva de pareja de hecho, sino que pasa a tener nuevamente efectividad la obligación de los cónyuges de vivir juntos, presumiéndose otra vez que así lo hacen (FJ 3 y 4), negando, en términos generales la pensión de viudedad. Razona el Tribunal Supremo que en los supuestos de separación judicial se produce a raíz de una resolución judicial, de carácter constitutivo, que produce fundamentalmente dos efectos: la suspensión de la vida en común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica ( art. 81, primer párrafo y art. 83, ambos del Código Civil ), de modo que no obstante la privación de esos efectos, el vínculo matrimonial subsiste y para que tal vínculo recobre la plenitud de su contenido, eliminando los efectos de la separación, es preciso que se produzca la reconciliación de los cónyuges y, además, dada su constancia en el Registro Civil, para dejar sin efecto ulterior lo resuelto en la separación es necesario poner esa reconciliación en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio ( art. 84 del Código Civil ) , precepto este último que establece que Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique .

Siendo ello así, en los supuestos que resuelve el Alto Tribunal no se dan las características o notas singulares que concurren en el supuesto examinado. Circunstancias éstas que también han supuesto, en otros casos resueltos en unificación de doctrina, la desestimación del recurso de casación por falta de contradicción de las sentencias comparadas, el acceso a la pensión de viudedad, por ejemplo en la sentencia que cita el recurrente, de 17 de julio de 2013, rec. 3909/2011, que confirma la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 20 de septiembre de 2011. Razona el Tribunal Supremo en indicada sentencia El supuesto de la sentencia recurrida es ciertamente singular por varias razones: a) La viuda que ha solicitado la pensión tuvo seis hijos con el causante; b) la primera etapa de convivencia matrimonial duró más de veinte años; c) a este período sucedió un breve interregno de separación por mutuo acuerdo desde septiembre de 1985 al año 1987; d) tras este tiempo de separación se reanudó la convivencia hasta el fallecimiento del causante en diciembre de 2009; y e) por razones que no constan los cónyuges no pusieron en conocimiento del juez la reconciliación marital mantenida desde el año 1987 hasta la muerte del marido. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Murcia ha reconocido el derecho a la pensión solicitada tras un estudio detenido de la normativa legal aplicable, considerada en el marco del artículo 41 de la Constitución sobre el deber de los poderes públicos de mantener un régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad . Viene a decir la sentencia recurrida que, sin perjuicio de acatar la jurisprudencia sobre el requisito de comunicación al juez de la reconciliación (STS 11-7-2008 ), la muy prolongada convivencia conyugal de un cónyuge separado no puede ser valorada como inexistente en un contexto legal en el que se ha atribuido a las parejas de hecho, con ciertas condiciones, el derecho a pensión de viudedad y supervivencia . O en la sentencia de 4 de marzo de 2014, rec. 1593/2013 , en la que se consideró, en un supuesto de separación judicial y reconciliación sin

comunicación al órgano judicial, que había que reconocerle la pensión de viudedad por existir legalmente una pareja de hecho, dado que la reconciliación se había efectuado en escritura pública.

En el supuesto examinado, hemos de tener en consideración, que la actora contrajo matrimonio con el causante de la pensión discutida, en fecha 8 de mayo de 1999 (hecho probado primero), y el 9 de marzo de 2002 se dicta sentencia de separación judicial, sin fijar pensión compensatoria, dada la falta de incidencia de la separación en su situación económica, siendo que en aquella fecha no había hijos del matrimonio (hecho probado segundo). En mayo de 2004, se produce la reconciliación sin comunicación al juzgado de primera instancia número 2 de Mérida (hecho probado quinto), y tras ésta nacen dos hijos del matrimonio, en el año 2005 y 2007 (hecho probado sexto) que constan inscritos en el Registro Civil de Mérida, según certificación literal, en la que se hace constar que se acredita el matrimonio de los progenitores por exhibición del Libro de Familia. El matrimonio continuó conviviendo hasta el fallecimiento del causante, siendo la demandante la cuidadora principal de su marido durante su enfermedad y hasta su fallecimiento.

Con arreglo a ello, hemos de considerar, primeramente que la sentencia de separación judicial no tuvo que adoptar medida alguna que fuera necesaria como consecuencia de dicha separación, pues no había hijos en común y ninguno de los cónyuges se veía perjudicado en su nueva situación. A saber, el único efecto de la sentencia era la cesación de la convivencia. Su reconciliación tampoco producía efecto alguno, en orden a lo que establece el artículo 84 del Código Civil, y dicha reconciliación, si bien no fue comunicada formalmente al Juzgado que decretó la separación, es cierto que tal reconciliación sí figura en el Registro Civil, tal y como hemos visto, por obra de las inscripciones de nacimiento de sus dos hijos, en el de la localidad de Mérida, al igual que su separación judicial. Decir, con dichos datos, que no consta, para que produzca efectos frente a terceros, la reconciliación, no es acorde con el espíritu y finalidad de la Ley, y en relación a la Entidad Gestora con mayor razón, pues, trabajando los padres de los hijos habidos, habrán de figurar en el ámbito de la Seguridad Social, como tales hijos con los efectos procedentes, lo que constituye un hecho notorio.

En consecuencia, el recurso ha de ser estimado por considerar que *la reconciliación de los cónyuges aun no habiéndose formalmente comunicado, sí consta en el mismo Registro Civil en el que obra inscrito el matrimonio, en virtud de las sucesivas inscripciones de nacimiento de los hijos habidos tras dicha reconciliación, considerando que ha de producir todos los efectos en cuanto a la pensión solicitada de viudedad.*

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## **FALLAMOS**

ESTIMANDO el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Angelica contra la sentencia de fecha 17 de enero de 2017, dictada en autos número 625/2016, seguidos ante el Juzgado de lo Social número 2 de los de Badajoz, por la recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, REVOCAMOS la sentencia recurrida para, estimando la demanda interpuesta por la actora, declarar su derecho al percibo de la pensión de viudedad solicitada, condenando a la demandada a estar y pasar por la precedente declaración y al pago de la pensión en la cuantía y forma que legalmente corresponda.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta sala.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER Nº 1131 0000 66 027217, debiendo indicar en el campo concepto, la palabra recurso, seguida del código 35 Social-Casación. Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo observaciones o concepto en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio recurso 35 Social-Casación.

La consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si

obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### **PUBLICACIÓN**

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.