

Id Cendoj: 28079130072009100366
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7
Nº de Recurso: 50/2007
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE DIAZ DELGADO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DERECHOS PASIVOS. Concurrencia de pensiones. Calculo de las pensiones correspondientes a exconyuges anteriores al fallecimiento. Ha de calcularse por los años de convivencia en relación con los años de cotización hasta la jubilación.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Julio de dos mil nueve

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen el recurso de casación en interés de *ley número 50/2007* que pende ante ella de resolución, interpuesto por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 30 de mayo de 2007, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 880/2004, en el que fueron recurrentes las representaciones procesales de Doña María Purificación y de Doña Marco Antonio , quienes han sido parte igualmente en el presente recurso, representadas por las Procuradoras Doña ISABEL CAMPILLO GARCÍA y Doña ALICIA BORJA CAMPBELL respectivamente. Igualmente ha sido parte el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de entrada en este Tribunal en fecha 25 de septiembre de 2007, se interpone recurso de casación en interés de ley contra la citada sentencia, en el que la recurrente, tras exponer cuantos hechos y fundamentos jurídicos tuvo por conveniente, solicita de esta Sala que se fije como doctrina legal la siguiente doctrina: "*E l módulo temporal de referencia que debe utilizarse para determinar la cuantía de la pensión de viudedad por Clases Pasivas del ex cónyuge por divorcio o nulidad de matrimonio así como la del cónyuge actual de un funcionario, cuando el fallecimiento del causante de los derechos se haya producido con anterioridad al momento de alcanzar la edad de jubilación o retiro forzoso, debe tomarse desde la celebración del matrimonio hasta la fecha en que el causante hubiese alcanzado la edad de jubilación o retiro*".

SEGUNDO.- Por la Procuradora DOÑA MARIA ISABEL CAMPILLO GARCÍA, en representación de Doña María Purificación , presenta escrito que tiene entrada en este Tribunal en fecha 11 de marzo de 2008, en el que formula alegaciones en el presente recurso, y termina solicitando se respete la situación jurídico particular concedida por la sentencia recurrida.

TERCERO .- El Fiscal formuló sus alegaciones en el presente recurso y tras exponer cuantos hechos y fundamentos jurídicos tuvo por conveniente consideró que procedía desestimar el presente recurso en interés de ley, al no concurrir los requisitos legales.

CUARTO.- Por escrito de la Procuradora Doña Alicia Porta Campbell, que tiene entrada en este Tribunal en fecha 19 de enero de 2009, en representación de Doña Marco Antonio , se formulan alegaciones en el presente recurso en el que se adhiere al mismo, haciendo suyo el suplico formulado por el Abogado del Estado.

QUINTO.- Se fijó como fecha para la votación y fallo del presente recurso el día 8 de julio de 2009, en que tuvo lugar, con observancia de los requisitos legales en la tramitación del presente recurso.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia dictó sentencia de fecha 30 de mayo de 2007 , en cuya parte dispositiva se dice lo siguiente: " *Fallamos: Que estimamos el recurso contencioso-administrativo nº 880/04, con desestimación del Rº acumulado nº 640/04 (de la Sección Novena), y, anulando las Resoluciones recurridas, reconocemos el derecho de Dña. María Purificación a percibir el 78,4 % de la pensión extraordinaria de viudedad y el 21,06 a Dña. Marco Antonio . Sin costas "*.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida en interés de ley llega a dicha conclusión a través de los razonamientos de su fundamento jurídico segundo que reproducimos a continuación:

"La normativa a tomar en consideración es el art. 38 del Texto Refundido de Clases Pasivas, cuyo apartado 1 dice textualmente: "Tendrán derecho a pensión de viudedad quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos, siempre en proporción al tiempo que hubieran vivido con el cónyuge fallecido y con independencia de las causas que hubieran determinado la anulación o el divorcio en cada caso".

Del expresado precepto -a nuestro juicio meridianamente claro, al margen y con independencia de la opinión que a cada cual pueda merecer- se infiere que cuando, como en el caso de autos, el causante ha tenido más de un cónyuge legítimo, la pensión de viudedad es siempre proporcional al tiempo de convivencia con el fallecido y ello -afirma el precepto- "con independencia de las causas que hubieran determinado la anulación o el divorcio".

Luego el propio precepto prevé esa proporcionalidad para los supuestos de nulidad del matrimonio que, junto con el divorcio, son las dos causas de disolución del mismo.

El expresado precepto tiene como antecedente la Adicional Décima.3ª de la Ley 30/81 , por la que se modificó la regulación del Matrimonio en el Código Civil, introduciéndose el divorcio, cuya redacción es idéntica: "El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio".

Luego, obviamente y dado que el derecho a pensión de viudedad se hallaba ya reconocido por la legislación anterior al cónyuge supérstite que en el momento del hecho causante de la pensión (fallecimiento del esposo) mantuviera constante matrimonio, la norma 3ª de la referida Adicional tenía por finalidad la de reconocer -dentro de ciertos límites- el derecho a la pensión de viudedad a quien, habiendo sido cónyuge del causante, hubiera dejado de serlo, cualquiera que fueran las causas determinantes de la nulidad o el divorcio. Y tal derecho se reconoce, sin distinción entre pensiones ordinarias o extraordinarias de viudedad (donde la ley no distingue no cabe distinguir).

La cuantía de la pensión que corresponde al divorciado es proporcional al tiempo de convivencia matrimonial con el causante. Como dice la STS, Sala Cuarta, de 21 de marzo de 1995 -con alcance de generalidad, al margen del supuesto concreto allí analizado- "la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado, consistente en la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante, actuando como módulo temporal de referencia el periodo que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante. Por su parte, el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aún concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último.

Consiguientemente y una vez determinada la base reguladora de la pensión de viudedad (en este caso extraordinaria) conforme al art. 49.2 del Texto de Clases de Pasivas de 1987 : "tomándose, en todo caso, los años completos que faltaran al causante de los derechos para alcanzar la correspondiente edad de jubilación o retiro forzoso como años de servicios efectivos prestados en el Cuerpo, Escala, plazo, empleo o categoría a que estuviera adscrito al momento del fallecimiento a efectos de la determinación de la base reguladora correspondiente, con la particularidad de que dicha base reguladora se tomará al 200 por 100 para el señalamiento de la correspondiente pensión", se descontará de la pensión de viudedad que así se obtenga, como reza la precitada Sentencia: "la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado, consistente en la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante, actuando como módulo temporal de referencia el periodo que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por

divorcio y que termina con el fallecimiento del causante....." .

Y ese módulo temporal de referencia abarca, en el caso de autos, desde el 30 de abril de 1995 (fecha del primer matrimonio) hasta el 29 de noviembre de 2003 (fecha del fallecimiento del causante): 8 años y 7 meses. De este módulo temporal de referencia (3.133 días), el primer matrimonio tuvo una duración de 6 años, 8 meses y 9 días (2.445 días), lo que equivale, tal como certeramente afirma la actora Dña. María Purificación , al 78,04% del llamado módulo de referencia temporal, cantidad que ha de ser detraída, en perjuicio de la viuda, de su pensión y todo ello, volvemos a insistir, con independencia y al margen del juicio que pueda merecer el régimen instaurado por la norma 3ª de la Adicional Décima de la Ley 30/81, antecedente normativo de las disposiciones vigentes".

TERCERO.- Conviene analizar lo dispuesto en la *Disposición Adicional décima de la ley 30/1981 de 7 de julio* , por la que se modifica la regulación del Matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de Nulidad, Separación y Divorcio.

En primer lugar, hay que destacar que, entre otras modificaciones de nuestra legislación civil, esta ley introduce la posibilidad de divorcio en nuestra legislación. En consecuencia, no pretende determinar los efectos de los matrimonios válidamente celebrados hasta dicho momento, esto es, de los matrimonios válidos anteriores, sino que se dirige a regular las situaciones que se van a crear como consecuencia de la introducción de la posibilidad nueva de disolver el matrimonio, especialmente la concurrencia de varios matrimonios válidamente celebrados por un ciudadano o ciudadana, así como la concurrencia con situaciones de hecho asimilables a la unión matrimonial, anteriores a la citada ley, en un momento en que no existía el divorcio, y en consecuencia no existía la posibilidad de contraer válidamente nuevo matrimonio, salvo los casos de nulidad que la legislación establecía.

En este contexto hay que interpretar la *disposición adicional décima de dicha ley, y lo primero que hay que destacar es su carácter provisional, o como dice la propia disposición " en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social"*. En consecuencia, aun cuando este antecedente legislativo es un elemento interpretativo importante para la resolución del presente recurso en interés de ley, no hemos de olvidar que es la propia norma la que le da un carácter temporal, por lo que el núcleo de la cuestión no es interpretar esta disposición, sino la que la ha sustituido, en concreto, el *artículo 39.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado* . En cualquier caso, aunque no se hubiera establecido esta previsión en dicha *disposición adicional décima* como norma legislativa, sería derogada en cuanto se le opusiera por otra norma del mismo rango legal posterior, tal como dispone el *artículo 3.2 del Código Civil* .

Por otra parte, de la frase que hemos puesto en cursiva, se desprende que no ha de ser necesariamente la misma solución la que se de en el régimen general de la Seguridad Social y en el régimen de Derechos Pasivos, sino que habrá que estar a la legislación definitiva correspondiente en cada caso.

En consecuencia, ni la *disposición adicional décima* citada vincula el contenido del desarrollo legislativo posterior, cuyo contenido hay que interpretar, ni por otro lado la sentencia de la Sala cuarta de este Tribunal, de 21 de marzo de 1995 , dictada interpretando la legislación reguladora del régimen general de la Seguridad Social ha de determinar el contenido de la interpretación que por este Tribunal se haga de una legislación distinta, como es la del régimen de derechos pasivos. Todo ello, sin perjuicio de que como sostiene acertadamente el Abogado del Estado en su recurso, es cierto que esta sentencia sostiene que "*la pensión que corresponde al divorciado consistente en la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante actuando como módulo temporal de referencia el periodo que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante. Por su parte el periodo que corresponde al cónyuge supérstite, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de designarse a éste último*". Sin embargo, cita la recurrente el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 26 de julio de 1997 que destaca que nada dice la citada sentencia sobre cual deba ser el modulo temporal de referencia en el caso de que el causante de la pensión fallezca antes de haber alcanzado la edad de jubilación o retiro forzoso. Y tomando como base lo dispuesto en el *artículo 39.1 del Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado* según el cual al estar determinada la base reguladora de la pensión de viudedad por la pensión de jubilación del fallecido o declarado fallecido, para el caso específico de que éste se hubiese producido con anterioridad al cumplimiento de la edad correspondiente y no hubiera llegado a ser declarado jubilado o retirado, "*se tomará la pensión de jubilación o retiro que efectivamente se hubiera señalado al causante debidamente actualizada en su caso, o la que le hubiera podido corresponder al momento de su jubilación o retiro forzoso si hubiera fallecido con anterioridad al cumplimiento de la edad correspondiente y no hubiera llegado a ser declarado jubilado o retirado*". En consecuencia, el Consejo de Estado llega a la

conclusión de que el modulo temporal de referencia para calcular la pensión que pudiera corresponder al excónyuge (y que minorará el derecho pleno correspondiente al cónyuge en el momento del fallecimiento), viene determinado por la fecha del matrimonio y por la fecha en que el causante hubiese alcanzado la edad de jubilación o retiro.

Esta Sala comparte este criterio, pues el citado *artículo 39.1* ha elevado el cálculo del periodo temporal para la base de la pensión generada por el fallecido antes de la jubilación hasta el momento en que se hubiera jubilado, de haber permanecido en situación de activo, y es evidente que este derecho corresponde al cónyuge supérstite, al que corresponde en pleno la pensión de viudedad, sin perjuicio de ser minorado por los derechos de los exconyuges concurrentes en relación al tiempo de convivencia con el fallecido. Entendemos ajustada a derecho la tesis propuesta por el Abogado del Estado, pues de otra manera se favorecería sin razón justificada al primer cónyuge de quien fallece antes de llegar a la jubilación, que pasaría a percibir una pensión de viudedad que, en el caso de que el fallecimiento fuere en fecha próxima a la del último matrimonio, se le atribuiría en su mayor parte. No parece razonable que, una vez disuelto el matrimonio, quien ha dejado de tener una relación matrimonial, (con independencia de la situación económica que resulte de dicha resolución) pueda beneficiarse del fallecimiento de su excónyuge, ocurrido antes de la jubilación o retiro. Es evidente que el excónyuge tiene derecho en el momento de la disolución a una pensión proporcional al periodo de convivencia, en relación al periodo previsible de la vida funcional, pero no a beneficiarse de una disposición que va dirigida a beneficiar al cónyuge supérstite, (consistente en alargar el periodo temporal para el cálculo de la pensión hasta el momento de la jubilación), como se hace con las pensiones de ciudadanos supérstites a su cónyuge fallecido antes de la jubilación, que no concurren con otros excónyuges. En efecto, es el cónyuge supérstite el que experimenta en el momento del fallecimiento del otro cónyuge, el daño material y moral, y a favor del cual el fallecido venía devengando los derechos pasivos. Por otra parte la propia legislación prevé la pérdida del derecho del exconyuge si contrae nuevo matrimonio, en cuyo caso no minoraría la pensión que pudiera corresponder por completo al cónyuge superstite en el momento del fallecimiento.

En consecuencia, si para los cónyuges superstites no concurrentes con otros anteriores con derecho a la pensión de viudedad, el legislador en el *artículo 39.1* citado calcula la base sobre el tiempo que faltaba al funcionario para su jubilación, imputándoles todo ese periodo de hipotética cotización, no tendría sentido que no se hiciera lo mismo para los supertites que concurrieran con otros excónyuges anteriores, sin perjuicio del derecho a minorar las pensiones correspondientes a éstos por el tiempo convivido con el fallecido, pero calculando la proporción sobre la base temporal fijada por la ley.

CUARTO.- Como sostiene el Abogado del Estado, la cuestión afecta a un número indeterminado de ciudadanos, por lo que afecta al interés general, y en consecuencia procede declarar gravemente dañosa para el mismo el contenido de la sentencia recurrida, y acoger la doctrina propuesta por Abogado del Estado, sin que esta sentencia afecte a la situación individualizada objeto de la sentencia, y sin que proceda hacer expreso pronunciamiento sobre las costas procesales, a tenor de lo dispuesto en el *artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* . Procede publicar esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado, a tenor de lo dispuesto en el *artículo 100.7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* .

FALLAMOS

1.- Estimando el recurso de casación en interés de *ley número 50/2007* interpuesto por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 30 de mayo de 2007 , recaída en el recurso contencioso-administrativo número 880/2004,y respetando la situación jurídica individualizada derivada de la sentencia, demos establecer la siguiente doctrina: "*E l módulo temporal de referencia que debe utilizarse para determinar la cuantía de la pensión de viudedad por Clases Pasivas del ex cónyuge por divorcio o nulidad de matrimonio así como la del cónyuge actual de un funcionario, cuando el fallecimiento del causante de los derechos se haya producido con anterioridad al momento de alcanzar la edad de jubilación o retiro forzoso, debe tomarse desde la celebración del matrimonio hasta la fecha en que el causante hubiese alcanzado la edad de jubilación o retiro*".

2.- No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas procesales.

3.- Publíquese este fallo en el Boletín Oficial del Estado a los efectos previstos en el *artículo 100.7 de la Ley 29/1988, de 13 de julio* , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico

