



Roj: STS 4892/2011
Id Cendoj: 28079140012011100431
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 921/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JESUS SOUTO PRIETO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Junio de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Bernardo Diaz Muñoz, en nombre y representación de D^a María Angeles , frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de fecha 17 de diciembre de 2009 dictada en el recurso de suplicación número 1328/2009, formulado por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 9 de Málaga de fecha 18 de noviembre de 2008, autos nº 706/2008, dictada en virtud de demanda formulada por D^a María Angeles , frente a la consejería para la Igualdad y Bienestar Social sobre Invalidez.

Ha comparecido en esta Sala en concepto de parte recurrida el Letrado de la Junta de Andalucía.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de noviembre de 2008, el Juzgado de lo Social número 9 de Málaga, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo estimar la demanda, formulada por D^a María Angeles y consiguientemente debo declarar el derecho de la actora a la prestación de invalidez no contributiva, reponiéndola en el cobro de la misma con efectos de 1-10-07, declarando la inexistencia de prestaciones indebidas y condendo a la consejería de igualdad y bienestar social a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "Primero: Que D^a María Angeles , mayor de edad y vecina de Málaga, nacida el 16-9-39, solicitó de la consejería de igualdad y bienestar social el reconocimiento y abono de la prestación de invalidez no contributiva el 3-12-99 siéndole reconocida por resolución de 22-6-00, con un grado de discapacidad del 66% y unidad económica de convivencia formada por tres miembros.- Segundo: Que el organismos demandado procedió a la revisión de oficio, dictándose resolución el 18-9-07 en la que se extinguía la prestación de invalidez no contributiva por superar la unidad económica de convivencia el limite de acumulación de recurso y como prestación indebidamente percibida la suma de 7295,74# en el periodo 1-1-06 a 30-9-07.- Tercero: Que la actora no estando de acuerdo con la anterior resolución formuló reclamación previa y por resolución de 23-4-08 se desestima dicha reclamación.- Cuarto: Que la administración computa la unidad económica de convivencia formada por 2 miembros con ingresos computables de 12574,10#, no constando la solicitante con ingresos propios y siendo los ingresos computados del esposo de la actora D. Serafin .- Quinto: Que la actora vive sola en el periodo de 1-106 a 30-9-07 en el domicilio de CALLE000 nº NUM000 - NUM001 de Málaga.- Sexto: Que D. Serafin tiene su domicilio en Calle Ronda Golf Este de Benalmadena.- Septimo: Que la actora se encuentra separa de hecho de su marido desde hace años."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, sentencia con fecha 17 de diciembre de 2009, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, contra la sentencia dictada por

el Juzgado de lo Social número 9 de Málaga, de fecha 18-11-2008, en autos seguidos a instancia de D^a María Angeles , contra dicha parte recurrente, con revocación de la misma debemos absolver y absolvemos al Organismo demandado de las pretensiones deducidas en la misma".

CUARTO.- El letrado D. Bernardo Diaz Muñoz, en nombre y representación de D^a María Angeles , mediante escrito presentado el 18 de marzo de 2010, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de fecha 30 de mayo de 200 (recurso nº 880/2005). SEGUNDO.- Se alega la infracción del artículo 144 de la LGSS, apartado 4.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación por el Letrado de la Junta de Andalucía, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la procedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de Febrero de 2011. La tramitación de esta resolución se ha demorado más allá del plazo legal por incidencias imprevistas surgidas en la tramitación de la firma y de coordinación con otras resoluciones de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El núcleo del debate es el relativo a determinar si han de ser objeto de cómputo, a efectos de determinar el límite de acumulación de recursos, los ingresos del esposo de la titular de una prestación no contributiva cuando existe entre ellos una situación de separación de hecho.

La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 17 de diciembre de 2009 (rec. 1328/2009), revoca la de instancia estimatoria de la pretensión rectora del proceso. Consta en el relato fáctico de la sentencia que la demandante solicitó pensión no contributiva de invalidez, que le fue reconocida por resolución de 22-6-2000 con un grado de discapacidad del 66%, estando integrada en una unidad familiar de tres miembros. La pensión le fue extinguida en 2007 por el Organismo demandado por superar la unidad económica el límite de acumulación de recursos declarando prestación indebida la percibida en el periodo 1-1-2006 a 30-9-2007. La Administración computa la unidad económica formada por la actora y su esposo, no teniendo ella ingresos propios y constando que en dicho periodo la actora vivió sola, encontrándose separada de hecho desde hace años. Razona la Sala que, perteneciendo con carácter general la titularidad de los bienes gananciales conjuntamente a los cónyuges, a cada cónyuge han de computársele idealmente la mitad de los ingresos del otro cuando se discuta el nivel de renta de una unidad familiar en la que esta integrado un cónyuge, pero no el otro, y que, si la actora no tiene regularizada su situación ha de entrar en juego la presunción legal de convivencia, así como atribuirle el derecho a la mitad de los gananciales.

Contra esta sentencia interpone recurso de casación unificadora la demandante, aportando de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid de 30 de mayo de 2005 (rec. 880/2005). También en este caso la actora estaba casada, aunque separada de hecho desde hacía años. Y aunque es cierto que en ella se advierte que la presunción de convivencia de los cónyuges quedó destruida por la actividad probatoria desplegada (certificaciones de empadronamiento, declaración del I.R.P.F. del esposo separado de hecho y manifestaciones de éste en el acto de juicio vertidas), no lo es menos que en el caso de autos también consta como probado que la actora vivía sola y que llevaba años separada de su esposo. Sin embargo, en la sentencia de contraste se sostiene que no constando que la actora hubiere reclamado o se estuviere beneficiando de la prestación alimenticia a la que se refiere el art. 143 C.C. ningún complementario ingreso entonces es susceptible de computarse por ese concepto, de manera que no cabe el cómputo de los ingresos del esposo separado de hecho en orden a determinar las rentas de la unidad económica de convivencia, defendiendo, en conclusión, que la presunción de intercomunicación de recursos se limita a los casos de convivencia en el mismo domicilio. Punto en el que se aprecia contradicción con la sentencia recurrida, en la que, no constando tampoco la fijación de la pensión alimenticia, sostiene la Sala que como la actora no ha regularizado su situación con la fijación de la correspondiente pensión, hay que presumir que le corresponden el 50 % de los ingresos de su esposo.

Concurre el requisito de contradicción (art. 217 LPL), pues estando en los dos casos las actoras separadas de hecho y, habiéndose probado que no vivían con sus esposos, la sentencia recurrida considera que debe atribírsele el 50% de sus ingresos y la de contraste que los ingresos del marido no deben computar a efectos de determinar si la solicitante carece o no de rentas en los términos exigidos legalmente.

SEGUNDO.- En la censura jurídica se denuncia la infracción del art. 144.4 de la Ley General de la Seguridad Social, argumentando la actora recurrente que, en un caso como el examinado, de separación de hecho entre los cónyuges, sin convivencia familiar, no puede entenderse ni presumirse que exista intercomunicación de ganancias, e invoca las sentencias de esta Sala de 11/6/03 (Rcud. 3941/02) y de 9/2/05 (Rcud. 6300/03).

En este punto conviene recordar que la entidad gestora procedió, mediante una revisión de oficio, a acordar la exclusión de la prestación de invalidez no contributiva de la actora por entender que su marido, perceptor de una prestación de 12.574,10 euros anuales, debía ser incluido en la unidad económica de convivencia con la esposa, que no tenía ingreso alguno, con lo cual superaba el límite de acumulación de recursos de la referida unidad económica de convivencia, debiendo en consecuencia devolver lo que entendía indebidamente percibido durante el período 1-1-2006 a 30-9-2007,

La sentencia recurrida mantiene el acuerdo de la entidad gestora, pero desde el punto de vista de que la unidad económica de convivencia subsiste jurídicamente en tanto no se formalice judicialmente la situación de separación de hecho, en su caso con el correspondiente convenio económico regulador, pues en tales supuestos de mera separación de hecho, la persistencia del vínculo matrimonial y del régimen económico de gananciales determinan que, a efectos de establecer el nivel de renta de una unidad familiar, hayan de computarse idealmente a cada cónyuge la mitad de los ingresos del otro, y en su apoyo cita la sentencia de esta Sala de 11 de junio de 2003 (Rcud. 3941/02), según la cual: "no desconoce la Sala que la adjudicación del haber de la sociedad legal de gananciales por iguales mitades a cada uno de los cónyuges, solo se produce tras la disolución de dicha sociedad (art. 1.404 del Código Civil). Y también que la solución de atribuir por mitad los ingresos de la sociedad constante matrimonio, supone utilizar una presunción en cuanto a su destino en orden a atender las necesidades del otro cónyuge que en muchas ocasiones no se corresponderá con la realidad. Pero la adopta atendiendo a dos razones fundamentales. La primera, es la propia regulación de la unidad "económica" de convivencia del art. 144.4 LGSS que, en casos como el presente, de padre o madre solicitante de la prestación no contributiva con quien convive un descendiente casado, descompone formalmente ese matrimonio para excluir de la unidad económica al cónyuge no consanguíneo del solicitante, obviando que la convivencia real y afectiva de los esposos viene impuesta por la Ley (art. 68 C. Civil) y es obligado presumirla (art. 69 C. Civil), siendo así el propio art. 144.4 la eleva a requisito imprescindible para el resto de los componentes de una unidad "económica". Y la segunda, que ante esa situación, y en ausencia de porcentajes legales que señalen que parte de los ingresos de la sociedad debe atribuirse a cada uno de los cónyuges para atender a sus propias necesidades ordinarias, ha optado por imputarlos por mitad cuando no consta la existencia de hijos, por entender que es solución más lógica y gestionable, que la acudir a la prueba de los gastos ordinarios satisfechos por el cónyuge no consanguíneo que, por numerosos y de escasa cuantía individual, serían en todo caso de muy difícil cuando no de imposible acreditación. Con ello ha seguido, en definitiva, el propio criterio legal de dividir los ingresos de una familia por el número de miembros que la comprenden".

La anterior doctrina no puede aplicarse al caso que ahora nos ocupa, porque se refería a un supuesto distinto de verdadera convivencia efectiva en una unidad de convivencia familiar económicamente interdependiente, ya que se trataba de una unidad económica de convivencia integrada por la titular de una pensión de jubilación no contributiva, su hija y el esposo de ésta, casados en régimen legal de gananciales, comprobándose que dicha unidad había tenido unos ingresos totales que superaban el límite legal de acumulación de recursos, advirtiendo dicha sentencia que no se pronunciaba, por no haber sido planteado por las partes, sobre la cuestión de si una hija casada en régimen de gananciales cuya sociedad ha obtenido ingresos forma o no parte de la unidad de convivencia de sus padres con los que convive, dado que esta misma Sala, en su sentencia de 23-9-02 (Rec. 40/02) unificó doctrina en el sentido de considerar a los hijos casados y con ingresos, como una unidad familiar distinta a la de los padres con los que conviven, por lo que, partiendo de la base de que la hija también entra en la unidad económica, solamente le computa la mitad de los ingresos obtenidos por ésta.

Por el contrario, la tesis de la recurrente se basa en un análisis del concepto de unidad económica de convivencia como si se tratase de un elemento constitutivo de la prestación, y para su descripción acude a la doctrina plasmada en la sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 2005 (rcud. 6300/03) expresiva de que, a la luz de la interpretación restrictiva en este punto del art. 144 de la LGSS, por venir configurado como un elemento obstativo para la obtención de la prestación y no como una circunstancia beneficiosa, para tal conceptualización deben concurrir tres requisitos: que se trate de una convivencia "de carácter familiar", que, consecuentemente, dicha convivencia se produzca en el "espacio físico propio de la vida en familia", es decir, en el "hogar" y que "exista una dependencia o intercomunicación económica", añadiendo que la presunción de

real intercomunicación de los ingresos de los miembros de la unidad "debe quedar restringida, por regla general a los casos de convivencia en un mismo hogar", sin perjuicio de que se siga presumiendo el mantenimiento de la unidad económica, aunque "de facto" no exista convivencia, en aquellos supuestos en que, temporalmente, se produce el alejamiento de uno de sus miembros del techo y mesa común por motivos justificados (residir en localidad distinta por razón de estudios, hospitalización, etc.).

TERCERO.- Sentado lo anterior, es claro que la cuestión debatida no se centra en analizar si en los supuestos de las sentencias comparadas se dan las circunstancias legales que permitan apreciar la existencia de una unidad económica de convivencia, sino en si concurre o no en los beneficiarios de la prestación no contributiva el requisito *de carecer de rentas o ingresos suficientes*, para cuya determinación se toma en cuenta la posible integración en una unidad económica de convivencia de los cónyuges separados de hecho, sin constancia de interdependencia económica; cuestión que la sentencia de contraste resuelve negativamente, sobre la base de que no consta reclamación de alimentos por la esposa, y por tanto no hay base para traer al cómputo los ingresos del esposo, mientras que la sentencia recurrida sostiene que, permaneciendo en una situación de separación de hecho sin regularizar ni haber reclamado alimentos, hay que presumir que a la beneficiaria le corresponde el 50% de los ingresos del esposo.

Ciertamente, el requisito exigido por la ley en este punto es el de *"carecer de rentas o ingresos suficientes"*. La unidad económica de convivencia no es requisito para acceder o mantener la prestación, sino un elemento que el legislador toma en cuenta para determinar si el solicitante cumple con el anterior requisito cuando, careciendo de rentas o ingresos propios, sin embargo convive con otras personas en una misma unidad económica -que el mismo legislador define como personas ligadas por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado-. La interdependencia económica que el legislador supone cuando se convive en la misma unidad económica, también se presume por el ordenamiento jurídico cuando el solicitante de la prestación y su cónyuge, aunque no convivan de forma real y efectiva, siguen participando en una comunidad de bienes como es la sociedad de gananciales y siguen conservando el derecho a alimentos. Así ocurre con los cónyuges separados de hecho, que no hayan regularizado jurídicamente su situación, aunque no tengan una efectiva comunicación de ganancias, sin que, a tal efecto, podamos tampoco traer a colación la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre los efectos que puede producir en el régimen económico matrimonial de gananciales la separación de hecho.

En efecto, esta doctrina ha ido evolucionando hasta el punto de que en la sentencia de 17 de julio de 1988, que cita las de 18 de junio de 1986 y 26 de enero de 1987 y de 4 de diciembre de 2002 (rcud. 1302/97) se reconoce la separación de hecho como causa suficiente y válida de disolución de la sociedad de gananciales, sobre la base de que *"la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges"*. De acuerdo con una interpretación adaptada a la nueva realidad social, se admite que en las separaciones amistosas puede producirse la paralización de la comunicación de ganancias propias del sistema de gananciales basada, no tanto ni solamente en un cese prolongado de la convivencia conyugal, sino en una voluntad de permanencia en dicho estado manifestada a través de la prueba de una prolongada situación de absoluta desvinculación personal y económica, durante la cual ambos cónyuges hayan mantenido una vida personal y una economía autónoma e independiente. En estos casos, y a salvo la garantía de mantener frente a terceros la afectación del patrimonio ganancial hasta el momento de su disolución, en lo que respecta a la relación interna entre los cónyuges se propicia por la jurisprudencia civil que desde que se acredite el hecho de la definitiva desvinculación de bienes entre marido y mujer se paralice la comunicación de ganancias, de tal manera que los aumentos o disminuciones del patrimonio de cada uno de los cónyuges a partir de dicho momento no tengan la consideración de comunes sino de privativos de cada uno de ellos.

Pero, la misma doctrina jurisprudencial se cuida de señalar que una cosa es que la separación de hecho libremente consentida excluya el fundamento de la sociedad de gananciales y otra distinta que la ruptura matrimonial de hecho aparte al marido o mujer de sus obligaciones de contribuir a las cargas del matrimonio, pues a estos efectos debe considerarse vigente la sociedad legal de gananciales, por lo que uno y otro cónyuge mantienen el compromiso de atender a tales obligaciones, tratándose de una obligación compartida que tiene carácter de orden público y por tanto no disponible. Subsiste también de forma separada, la obligación de alimentos entre cónyuges (art. 142 y 143 del Código Civil) para el caso de que se den las circunstancias legales que lo conforman. Todo ello determina que esta respuesta jurisprudencial haya sido individualizada, es decir, adaptada a cada uno de los supuestos sometidos a su enjuiciamiento, evitando una respuesta general y estable al problema de las separaciones prolongadas.

Pues bien, en el caso concreto que ahora es objeto de nuestro examen, no es posible aplicar esta específica doctrina jurisprudencial -calificada en algunas sentencias como "contra legem"- , puesto que autorizaría a retrotraer la disolución de la sociedad de gananciales a 1996, fecha de la separación de hecho, pero a los solos efectos de paralizar, desde esa fecha, la comunicación de ganancias propia de ese sistema económico matrimonial, sin que con ello se eliminasen las otras obligaciones de la sociedad legal de gananciales de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, ni impidiera tampoco, mientras subsistiese el vínculo matrimonial, la pervivencia de la obligación legal de alimentos entre cónyuges en caso de darse el supuesto del art. 142 del Código Civil. Por otra parte, y de acuerdo con la misma doctrina jurisprudencial, no debemos olvidar que la doctrina que permite entender disuelta la sociedad de gananciales por la separación de hecho consentida, aparte de operar solamente en el sentido de dejar de existir para el futuro bienes comunes sujetos a la normativa de dicha sociedad, juega en el orden interno de la relación entre cónyuges pero no frente a terceros, que conservan la garantía de la afectación del patrimonio ganancial hasta el momento de la disolución legal de la sociedad; y en este caso no cabe duda que existe un tercero afectado -la entidad gestora- que no puede quedar inerte ante los posibles pactos secretos que al respecto puedan establecer los cónyuges en las separaciones amistosas -nótese, que en este supuesto, en el que no consta comunicación de bienes entre ellos, pero tampoco lo contrario, la ambigüedad fue propiciada por la propia solicitante de la prestación, que en la fecha de solicitud de la prestación, figurando separados de hecho desde 1996, incluyó a su marido y a su hijo como miembros de la unidad económica de convivencia, manteniendo a su hijo como integrante de la misma en posteriores declaraciones anuales-.

En definitiva, la presunción de vigencia de la sociedad legal de gananciales mientras subsista el vínculo matrimonial, aunque exista una separación de hecho, constituye una presunción legal que el Juez debe aplicar en los supuestos que corresponda sin necesidad de que haya sido alegada ni acreditada por las partes. La participación de la actora en las ganancias de su marido aparece implícita en la resolución administrativa denegatoria, si bien por el procedimiento de estimar que, no obstante la falta de convivencia efectiva, existía la intercomunicación de ganancias propia de una unidad de convivencia, y la sentencia recurrida lo explicita señalando que esa presunción determina que, a efectos de establecer el nivel de renta del solicitante hayan de computarse idealmente a cada cónyuge la mitad de los ingresos del otro. La Sala no puede tomar en cuenta el intento de la parte actora de aportar, con el escrito de impugnación del recurso de suplicación, una escritura de capitulaciones matrimoniales y disolución de sociedad de gananciales del año 1984, pues para que tal intento de acreditar -contra la presunción legal- la no vigencia de la comunidad de bienes propia del sistema de gananciales, sería necesario que tal documento hubiera sido incorporado a los autos al amparo de lo dispuesto en el art. 231 de la LPL en relación con el art. 270 de la LEC, provocando que tal hecho pasase a formar parte de la relación de probanza, y en caso de que tal incorporación documental sea denegada, la denuncia de infracción procesal por denegación de prueba a través del recurso correspondiente. En realidad, la aportación de la documental de referencia, necesaria para la destrucción de la presunción legal de subsistencia de la sociedad de gananciales, pudo haber sido verificada por la parte actora en momento oportuno, pues a ella correspondía la prueba positiva necesaria para destruir esa presunción de ser partícipe en los ingresos del marido.

Cabe añadir que la parte actora, ahora recurrente tuvo, y sigue teniendo la fácil posibilidad que otorga el art. 1393, 3º, y más eficazmente todavía el art. 86, en relación con el 81, todos del Código Civil, para poner fin a esa situación ambigua sobre la comunicación de ganancias, pudiendo solicitar de nuevo la prestación una vez que la situación matrimonial se regularice jurídicamente.

CUARTO.- Consecuentemente con lo dicho, cuando se trate de prestaciones para cuyo nacimiento o permanencia se establezca como requisito carecer de rentas o medios propios de vida, no puede prescindirse de exigir al solicitante, que sea un cónyuge separado de hecho, que haya agotado los deberes de protección recíproca en el marco de la institución familiar. Así lo confirma la doctrina de esta Sala en relación con las prestaciones en favor de familiares (por todas, sentencia de 10 de febrero de 2004, rcud. 1701/02), que al analizar el requisito de "carecer de medios propios de vida" (art. 176.2 d), señala que el referido requisito adquiere *"sentido a la vista precisamente de las exigencias de ayuda mutua de los cónyuges, que se mantiene sin alteración en la separación de hecho, y que, en cambio, se sustituyen eventualmente por otras compensaciones en la situación de separación legal"*, añadiendo que, *"la constatación de tal carencia de recursos o medios de vida solo es posible en la separación de hecho después de que hayan sido objeto de la reclamación oportuna al otro cónyuge, a diferencia de la separación legal en la que ya hay una sentencia judicial que se encarga de fijar posibles obligaciones sustitutorias y las eventuales cautelas o garantías del cumplimiento de las mismas"*, y concluye *"en suma, solo cuando constan que se han agotado los deberes de protección recíproca en el marco de la institución matrimonial para los cónyuges separados de hecho, lo que*

no ha sucedido en los supuestos de las sentencias compradas, cabría pensar en la posibilidad de recurso a la protección social dispensada por las prestaciones de Seguridad Social por muerte y supervivencia en favor de otros familiares distintos de los viudos y huérfanos".

Esta doctrina de la Sala es la que debe ser mantenida, como regla general, a los efectos de solicitar una pensión de carácter no contributivo -no olvidemos la finalidad asistencial de estas prestaciones- en los casos de meras separaciones de hecho, debiendo tomarse en cuenta la posibilidad que tenga el solicitante de vincular el patrimonio ganancial a la obligación de levantar las cargas del matrimonio o, en su caso, a la posibilidad de obtener alimentos.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a María Angeles contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de fecha 17 de diciembre de 2.009 en el recurso de suplicación nº 1328/2009 interpuesto por la demandada Consejería de Igualdad y Bienestar de la Junta de Andalucía contra la sentencia de 18 de noviembre de 2.008 del Juzgado de lo Social nº 9 de Málaga . Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente ,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.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS EXCMOS. SRES. MAGISTRADOS DON Jordi Agusti Julia Y DON Manuel Ramon Alarcon Caracuel A LA SENTENCIA DE FECHA 15 DE JUNIO DE 2011 (RECURSO 921/2010).

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulamos voto particular a la sentencia dictada en fecha 30 de marzo de 2010 (recurso 921/2010), para sostener la posición que mantuvimos en la deliberación, favorable a la estimación del recurso de la parte beneficiaria de la Seguridad Social.

La demandante tenía reconocida y venía percibiendo una prestación de invalidez no contributiva desde el 22 de junio del 2000. En fecha 18 de septiembre de 2007, la Entidad Gestora que se la venía abonando, al advertir que el esposo de la demandante percibía una pensión de invalidez en la cuantía anual de 12.574,10 euros, inició a la demandante un expediente de revisión, dictando resolución por la que resolvía : "*Extinguir el derecho a la pensión que tenía reconocida, con efectos de la fecha que se indica y por los motivos siguientes : Superar los recursos de la unidad económica de convivencia de que usted forma parte, el límite de acumulación de recursos establecido*". Al propio tiempo, le reclamaba la cantidad de 7.295,74 euros, en concepto de prestación indebidamente percibida por el período de 1 de enero de 2006 a 30 de septiembre de 2007. Tras la interposición de la preceptiva reclamación previa, que fue desestimada, y formulada la oportuna demanda, el Juzgado de lo Social la estimó, declarando el derecho de la actora a la prestación, reponiéndola en el cobro de la misma, e interpuesto recurso de suplicación por la Entidad Gestora fue estimado por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, formulándose por la demandante contra dicha sentencia, el recurso de casación para la unificación de doctrina, que se ha resuelto por esta Sala en la sentencia de la que, con todo respeto, discrepamos profundamente, a través del presente voto particular, que fundamos en las siguientes consideraciones jurídicas formales y de fondo :

PRIMERA.- 1.- En primer lugar, y en nuestra opinión, el criterio mayoritario no es acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución -artículo 24.1- proclama y garantiza, así como con la doctrina constitucional a la que haremos mención, según resulta de las circunstancias acreditadas en las actuaciones y que pasamos a analizar :

A) El motivo de denegación de la prestación por invalidez no contributiva fue exclusivamente, como ya se ha dicho, el de: "*Superar los recursos de la unidad económica de convivencia de que usted forma parte, el límite de acumulación de recursos establecido*".

B) Consta como probado que: "la actora vive sola en el período de 1-1-06 a 30-9-07 en el domicilio de la calle...."

C) Consta asimismo como probado que: "La actora se encuentra separada de hecho de su marido desde hace años."

D) Ni en la resolución que extingue la prestación, ni en la resolución desestimatoria de la reclamación previa, ni en el acto del juicio, donde consta sin más que: "la demandada se opone a la demanda", se invoca por la Entidad Gestora, como hecho que pueda obstaculizar el derecho de la demandante al percibo de la prestación, cuestión alguna referente a "gananciales".

E) La sentencia de instancia estima la demanda por entender que ha quedado acreditado que la actora no convive con su esposo, no constando que la actora estuviera beneficiándose de la prestación alimenticia del artículo 143 del CC.

F) En el recurso de suplicación la Entidad demandada, por vez primera, con invocación de la sentencia de esta Sala de 19-05-2004, alega que si se considera que el esposo no forma parte de la Unidad Económica de Convivencia de la esposa, habría de asignarse a la esposa el 50% de los ingresos por pensión del esposo, ya que si la actora no ha regularizado legalmente su situación de separación, y no ha aportado en consecuencia los datos derivados de la misma, como sería la pensión compensatoria a establecer en su caso entre los esposos, ha de considerarse que la misma tiene derecho al 50% de los ingresos del esposo (su pensión de invalidez) en concepto de bienes gananciales.

G) La actora impugna el recurso, y en la alegación cuarta dice que por la parte recurrente se alega un nuevo elemento fáctico, consistente en que manifiesta que el matrimonio, aún separado, está en situación de gananciales; cuestión que ni se ha probado ni consta en la relación fáctica de la sentencia, ya que dicha manifestación, ni su presunción, se alegó por la parte recurrente en el acto del juicio. Para ello -dice- en el recurso de la demandada se tenía que haber instado la revisión de los hechos probados, cosa que no se ha hecho. No obstante, para combatir la posible presunción de existencia de la sociedad de gananciales, acompaña al escrito de impugnación, como documento 3, escritura de capitulaciones matrimoniales y disolución de sociedad de gananciales otorgada en año 1984.

H) Tras dar traslado a la demandada, que se opone a la admisión de los documentos, la Sala de suplicación dicta Auto denegando la admisión de dichos documentos, entre ellos el nº 3 citado, y acuerda su devolución a la parte que lo presenta.

I) En su sentencia, la Sala de suplicación, pese a no existir la más mínima referencia en el expediente administrativo a "gananciales", tampoco ninguna referencia en los hechos probados ni en la fundamentación jurídica de la resolución del Juzgado de instancia, haberse suscitado por vez primera esta cuestión en el recurso de suplicación, y no haber accedido a la incorporación a las actuaciones del mencionado escrito y documento, resuelve en base, precisamente, a la presunción de que la actora tiene derecho al 50% de las rentas del esposo.

2.- Dado todo lo que antecede, estimamos que se ha producido una palmaria indefensión a la demandante. En efecto, si el único motivo para la extinción de la prestación y reclamación de lo percibido, fue el de : " *Superar los recursos de la unidad económica de convivencia de que usted forma parte, el límite de acumulación de recursos establecido*"; si en el expediente administrativo no consta elemento alguno con referencia a sociedad de gananciales, como tampoco nada con respecto a esta cuestión se adujo en la resolución que resolvió la reclamación previa, e igualmente esta cuestión es inexistente en la sentencia del Juzgado de instancia que, únicamente analizó el motivo de denegación de la prestación ya descrito, planteándose por vez primera por la Entidad Gestora el tema de los "gananciales" en el recurso de suplicación, no cabe duda que la Sala al examinar y resolver con fundamento en un hipotético -y, en realidad, inexistente- derecho de la demandante al 50% de bienes gananciales, vulneró el principio de igualdad de armas en el proceso integrado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

3.- La posición mayoritaria argumentó, en la deliberación, que todo ello se reducía a un problema de congruencia resuelto por la doctrina de esta Sala, entre otras, en la sentencia de 28 de junio de 1994; doctrina que hace referencia a que no causa indefensión la alegación por la Entidad Gestora como causa de oposición en el proceso judicial, de circunstancias fácticas que no se habían aducido como motivación, ni de la resolución administrativa inicial, ni de la desestimación de la reclamación previa, pero si se recogían en el expediente administrativo. Sin embargo, en el presente caso no es de aplicación esta doctrina, pues si como ya se ha dicho -y repetido-, con respecto a un hipotético derecho a gananciales de la demandante, como motivo de denegación de la prestación, nada consta en el expediente administrativo, nada se dice en la resolución que desestimó la reclamación previa, nada se adujo en el acto del juicio al contestar la demanda y por ende, nada se planteó la Juez de instancia en su sentencia, el supuesto no tiene encaje en la mencionada doctrina de

esta Sala, vulnerando el proceder de la Sala de suplicación la doctrina del Tribunal Constitucional, conforme a la cual, " *el principio de igualdad de armas y medios se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva y en el derecho a un proceso con todas las garantías y es el corolario de los principios de contradicción y bilateralidad, exigiendo que ambas partes dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación y, concretamente, que en la aportación de los hechos al proceso se evite una situación de privilegio o supremacía de una de las partes y se garantice la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio*" (STC 90/1994, de 17 de marzo, con cita de las sentencias 66/1988 y 227/1991).

4.- Pero, es que además, la indefensión de la demandante en el presente caso alcanza su cenit, si se advierte, como también se ha explicitado, que ante el nuevo y extemporáneo motivo de denegación de la prestación, esgrimido por la Entidad Gestora en el recurso de suplicación, la parte demandante al impugnar el recurso no sólo alegó que por la parte recurrente se aducía un nuevo elemento fáctico, cual es la existencia de la sociedad de gananciales, que ni se ha probado ni consta en la relación fáctica de la sentencia, pues ni siquiera en el acto del juicio, sino que además, en su defensa, y para el caso de que por la Sala de suplicación se tuviera en cuenta este nuevo elemento fáctico, acompaña al escrito de impugnación, como documento 3, **escritura de capitulaciones matrimoniales y disolución de sociedad de gananciales otorgada en año 1984**, alegación y aportación documental que es rechazada por la Sala de suplicación, mediante Auto, razonando que el artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral limita la posibilidad de admitir a la partes la aportación de documentos en la fase de recurso a los supuestos contemplados en el artículo 270 de la LEC, supuestos que -dice- no se dan el presente caso. Lo cierto es, sin embargo, que el citado artículo 231 de la Ley procesal laboral no sólo se refiere a documento, sino también -como expresamente ya estableció la STC 158/1985 que dio origen a las previsiones que ahora constan en el actual artículo 231 de la LPL - a "escrito que contuviese elementos de juicio necesarios para evitar la vulneración de un derecho fundamental", circunstancia ésta, que sin duda concurriría en el caso al tratarse de una cuestión nueva, no suscitada anteriormente, sin referencia alguna de la misma en el expediente administrativo, y que por todo ello causaba una evidente indefensión a la demandante, proscrita por el artículo 24 de nuestra Constitución. Resulta cuando menos sorprendente, tras el rechazo de la mencionada alegación y documento, que precisamente sobre la base del nuevo y extemporáneo elemento fáctico de los supuestos "gananciales", introducido por la demandada sorpresivamente en el recurso de suplicación, y frente al cual se niega a la parte demandante la posibilidad de defensa, la Sala construya su sentencia estimando el recurso y revocando la resolución de instancia. Es claro que, con esta forma de actuar, la Sala de suplicación hace caso omiso de la doctrina constitucional que insiste en que, "*la preservación de los derechos fundamentales establecidos en el art. 24 de la CE , y en especial la regla o principio de interdicción de la indefensión, reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por preservar los medios de defensa de ambas partes del proceso, lo que se agudiza en aquellos casos en que puedan resultar introducidos en el proceso hechos nuevos, de suerte que el desconocimiento y la falta de audiencia determine indefensión de la otra parte*" (STC 226/1988, de 28 de noviembre).

5.- En nuestra opinión, esta Sala al resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina, no puede pasar por alto situación tan grave de indefensión material como la descrita, producida por una indebida actuación de la Sala de suplicación, pues no de otra manera puede calificarse la situación de la parte demandante que se ha visto privada de defenderse ante una causa nueva de denegación de la prestación esgrimida por vez primera en el recurso de suplicación -posibilidad de ingresos provenientes de la sociedad de gananciales- , negándosele la incorporación de un escrito y documento, de evidente repercusión, cual es, nada menos, que la **escritura de capitulaciones matrimoniales y disolución de sociedad de gananciales otorgada en año 1984**, habiéndose resuelto finalmente la controversia sobre la base de un presunto derecho a gananciales. Sin duda, que late en la resolución adoptada por la mayoría de la Sala el deseo de establecer una doctrina de carácter general en supuestos análogos al aquí enjuiciado para evitar posibles situaciones de fraude. Ahora bien, de una parte, conviene recordar, que aún siendo el objeto fundamental del recurso que examinamos la unificación de la doctrina, ante la existencia de pronunciamientos contradictorios, el recurso de casación para la unificación de doctrina supone el ejercicio de la potestad jurisdiccional en un caso concreto, razón por la cual la Sala tiene que atender, también, a la justicia del caso; y de otra parte, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, las circunstancias de hecho acreditadas en la sentencia recurrida nos alejan de todo indicio defraudatorio, ya que la actora llevaba disfrutando de su pensión desde el año 2000 y el incremento, siete años después, en los ingresos de su esposo, del que lleva años separada, hacen inviable ninguna maniobra por parte de la pensionista que tenga por finalidad la burla de la norma legal.

SEGUNDA.- 1.- Nuestro segundo motivo de discrepancia con la posición mayoritaria reside en un profundo desacuerdo sobre la normativa aplicable al caso o sobre su interpretación. En primer lugar, aún partiendo de la base de que no estaba acreditada la disolución de la sociedad de gananciales, lo que sí estaba perfectamente acreditada -y así se consignó en el hecho probado séptimo- era la separación de hecho de los cónyuges "desde hace años". Por consiguiente, hubiera debido tomarse en consideración el artículo 1393 del Código Civil, en virtud del cual procede la disolución de la sociedad de gananciales "por llevar separado de hecho más de un año". Es cierto que en dicho precepto se dice que tal separación es causa para que el Juez acuerde la disolución de la sociedad de gananciales, no que opere por sí misma tal disolución. Pero no es menos cierto que la jurisprudencia civil que cita la propia sentencia de la que discrepamos ha atribuido determinados efectos prácticos, en orden al cese de la intercomunicación de ganancias, a las separaciones de hecho, aun sin haberse disuelto judicialmente la sociedad de gananciales. Y aunque también es cierto que dicha jurisprudencia deja a salvo la responsabilidad de la sociedad de gananciales frente a terceros y que el INSS lo es, también es verdad que aquí no se trata de hacer frente a ninguna responsabilidad frente al INSS sino simplemente de presumir que no hay intercomunicación de ganancias entre los cónyuges separados y que, por lo tanto, la actora no percibe nada de los ingresos del marido del que se encuentra separada y que, al carecer totalmente de ingresos propios, tiene derecho a conservar la pensión de invalidez no contributiva que en su día se le reconoció.

Y, en segundo lugar, esa presunción de no intercomunicación de ganancias se convierte en algo más que mera presunción a partir de lo que dispone el artículo 144.1 de la LGSS que solamente autoriza a computar ingresos que no sean propios de la persona beneficiaria cuando ésta "convive con otras personas en una misma unidad económica" y es claro que la actora no convive con el marido del que se halla separada desde hace años. Así es como debe interpretarse el concepto de "unidad económica de convivencia" de acuerdo con la doctrina de nuestra Sala, establecida con toda claridad, entre otras, en la Sentencia de 9 de febrero de 2005 (Rec. 6300/2003), cuyo Fundamento de Derecho Quinto dice así: *"De cualquier modo es claro que no cabe una interpretación amplia de la "unidad económica de convivencia" del art. 144 de la LGSS . Así lo ha señalado esta Sala en su ya citada sentencia de 17-3-97 en la que se lee: "la integración del solicitante en un grupo de convivencia con la extensión y circunstancias determinadas en la actual legislación, a los efectos de obtener el derecho al percibo de la prestación y de concurrir los restantes requisitos, está configurada, aunque pudiera ser discutible, como un requisito normalmente obstativo o restrictivo para su obtención y no como una circunstancia benéfica, por lo que dado su carácter de exigencia limitadora de derechos, debe interpretarse restrictivamente". Conclusión interpretativa acorde con el contenido de la Exposición de Motivos de la propia Ley 26/1990. Afirma que las pensiones no contributivas se crean como "la garantía de pensiones públicas para todos los ancianos o inválidos sin recursos ... que se configuran como derechos subjetivos perfectos a favor de los beneficiarios (apartado II)"; señala que los únicos requisitos exigidos a los beneficiarios, además de las edades que en cada caso se indican en la ley, son "la residencia en territorio nacional y la insuficiencia de recursos" que se produce cuando los obtenidos por el beneficiario no superan "el umbral de pobreza" (apartado III); y añade que dichas pensiones son "expresión de la solidaridad general con las personas con menos recursos" (apartado V).*

Con tal programa es evidente que la interpretación de la norma que limite ese derecho, debe ser restrictiva, como razona la sentencia que comentamos, pues "el beneficiario de la prestación es el ciudadano a título individual y personal y es, además, con relación al mismo como se configuran claramente también los restantes requisitos exigibles (edad, residencia legal y minusvalía o enfermedad crónica, en su caso), no siendo la destinataria de la prestación, eminentemente asistencial, la unidad económica de convivencia, integrable por diversos tipos de parientes".

Y en el Fundamento de Derecho sexto añade: *"La controversia surge del hecho de que el art. 144.3 y 4 LGSS no contiene una definición del concepto de convivencia. No obstante, la interpretación del precepto conforme a lo establecido en el art. 3.1 del Código Civil y a la luz del canon restrictivo ya indicado, permite afirmar que, de acuerdo con su espíritu y finalidad, la convivencia con relevancia jurídica a los efectos limitativos que establece el precepto, exige la concurrencia de los siguientes requisitos:*

1. Que se trate de una convivencia de carácter familiar (la sentencia de 19-5-04, rec. 1176/03 la denomina "unidad de convivencia familiar" y también "grupo familiar"), pues aunque la norma no alude específicamente a esa característica es evidente que resulta consustancial a la configuración legal del concepto dadas las previsiones de los números 3 y 4 del art. 144 LGSS .

2. Consecuencia lógica de ese carácter familiar es que la convivencia se produzca en el espacio físico propio de la vida en familia. Es decir, que salvo supuestos excepcionales a los que luego aludiremos, se desarrolle en el ámbito de un hogar...

3. Y finalmente, que exista una dependencia o intercomunicación económica -"unidad económica", en expresión legal- entre los miembros de la unidad familiar. Ahora bien, por lo dicho, es lógico, que esa presunción de que existe una real intercomunicación de los ingresos de los miembros de la unidad, que establece el art. 144.5 LGSS, debe quedar restringida, por regla general, a los casos de convivencia en un mismo hogar. Como es lógico, habrá de presumirse también que se mantiene de la unidad económica, aunque "de facto" no exista convivencia, en aquellos supuestos en que, temporalmente, se produce el alejamiento de uno de sus miembros del techo y mesa común por motivos justificados, como puede ser la residencia en localidad distinta por razón de estudios, la hospitalización o el ingreso en centro de rehabilitación de toxicómanos -éste último fue el caso contemplado por nuestra sentencia de 14-10-99 (rec. 4329/98) - etc.; porque las razones que obligan a esas separaciones temporales, no autorizan a suponer que existe en el alejado la voluntad de desinsertarse definitivamente, ni de romper su interdependencia económica con el grupo familiar..."

TERCERA. - 1.- En mérito a todo lo expuesto, estimamos que lo que procedería es la estimación del recurso interpuesto por la parte demandante, con desestimación por tanto del recurso de suplicación formulado por la demandada, y consiguiente confirmación de la sentencia de instancia. .

En Madrid, a 15 de junio de 2011,

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Aurelio Desdentado Bonete EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 921/10.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 921/10.

El voto particular se funda en la siguiente consideración jurídica:

ÚNICA.- Comparto plenamente el fallo y la fundamentación de la sentencia. Pero me parece conveniente completar ésta a la vista del desarrollo del debate.

La parte recurrente en el escrito de interposición del recurso alega y aporta como sentencias contradictorias la de la Sala de lo Social de Castilla y León (Valladolid) de 30 de mayo de 2005 y la de la Sala de lo Social de Madrid de 20 de febrero de 2007, seleccionando posteriormente, a requerimiento de esta Sala, la primera. En esta sentencia sólo se decide sobre "si han de ser objeto de cómputo o no a efectos de determinar el límite de acumulación de recursos los ingresos del esposo de la titular de prestación no contributiva, esposo con quien se mantiene una situación de separación de hecho desde 1997".

En el mencionado escrito, al abordar la relación precisa y circunstanciada de la contradicción, se dice que la cuestión que se somete a la decisión unificadora consiste en determinar si, a efectos de establecer el límite de recursos para el derecho a la pensión no contributiva, se han de computar los ingresos del esposo de la interesada con quien se mantiene una separación de hecho. En el apartado dedicado a los motivos de casación la única denuncia que se formula es la relativa a la infracción del art. 144.4 de la LGSS en relación con nuestra sentencia de 11 de junio de 2003 para sostener que, no existiendo convivencia familiar en una separación de hecho de los cónyuges, no es posible atender a los ingresos del esposo para determinar el nivel de renta de la solicitante.

Éste es el ámbito de la contradicción alegada y de la infracción que se denuncia en el marco de un recurso extraordinario. Ni se alega indefensión, ni se tacha de incongruente la resolución recurrida, ni se denuncia que se haya vulnerado el art. 231 de la Ley de Procedimiento Laboral, al rechazar indebidamente la aportación de un documento; tampoco se aporta ninguna sentencia contradictoria sobre estas cuestiones.

Una reiterada doctrina de la Sala a partir de la sentencia del Pleno de 21 de noviembre de 2000 ha establecido que, salvo supuestos excepcionales vinculados a la competencia funcional y a la falta de jurisdicción manifiesta, la contradicción de sentencias es exigible respecto a las infracciones procesales, que además requieren para su examen la formulación de la correspondiente denuncia a través de un motivo fundado en el apartado c) del art. 205 de la LPL en relación con el art. 222 de la LPL. El art. 227.2.2º de la LEC prevé además que "en ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad



de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal".

En este excepcional recurso no cabe por ninguna vía la modificación de los hechos probados de la sentencia recurrida, no pueden estimarse infracciones procesales no propuestas y sin cumplir la exigencia de la contradicción y, por supuesto, tampoco es posible una estimación de fondo del recurso en virtud de prendidas infracciones orden parcial o a través de una revisión fáctica indirecta.

Comparto, por tanto, la decisión de la sentencia que se ha pronunciado en los términos en que la pretensión impugnatoria se ha planteado.

Madrid a 15 de junio de 2011

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Souto Prieto y el voto particular formulado por los Excmos. Sres. D. Jordi Agusti Julia, y D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ