



Roj: **STS 2313/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2313**

Id Cendoj: **28079140012021100560**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/06/2021**

Nº de Recurso: **3901/2018**

Nº de Resolución: **613/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 613/2021

Fecha de sentencia: 09/06/2021

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 3901/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO SOCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

Transcrito por: AOL

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3901/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 613/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D^a. María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 9 de junio de 2021.



Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Lourdes , representada y defendida por el Letrado Sr. Santamaría Treku, contra la sentencia n^o 1297/2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 19 de junio de 2018, en el recurso de suplicación n^o 1147/2018, interpuesto frente a la sentencia n^o 87/2018 de 19 de marzo de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social n^o 3 de San Sebastián, en los autos n^o 509/2017, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre viudedad.

Ha comparecido en concepto de recurridos el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, representados y defendidos por la Letrada Sra. Bellón Blasco.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de marzo de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 3 de San Sebastián, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por D^a Lourdes contra el INSS y la TGSS, declarando que la demandante tiene derecho al percibo de la prestación de viudedad solicitada, debiendo de estar y pasar las partes por esta declaración, condenando al INSS a que proceda a abonar a la actora una prestación por importe del 52% de la base reguladora de 1.611,80 euros, catorce veces al año, con efectos desde el día 1 de mayo de 2017, más revalorizaciones legales correspondientes".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado de lo Social, con la revisión aceptada por la sentencia de suplicación respecto de los HP 1 y 4. El resultado de ello es el siguiente:

1^o.-Que la Sra. Lourdes , contrajo matrimonio con el Sr. Fausto , el día 31 de agosto de 1989.

2^o.- Que el Sr. Fausto falleció el día 15 de julio de 1996, y tras ello la demandante comenzó a cobrar una pensión de viudedad, estando vigente el matrimonio.

3^o.- Que como el Sr. Fausto estuvo casado con la Sra. Piedad , la pensión de viudedad se dividió entre ambos cónyuges en proporción al tiempo convivido con el cónyuge fallecido.

4^o.- Que el INSS dictó resolución mediante la cual consideraba el tiempo transcurrido entre el primer matrimonio el día 20 de abril de 1963 y la fecha del fallecimiento del causante el día 15 de julio de 1996, es decir un total de 12.141 días, calculando la proporción dentro de ese periodo, del tiempo transcurrido desde dicho matrimonio y el momento de la separación el día 23 de junio de 1986, es decir un total de 8.466 días, lo que determinaba que el porcentaje a favor de la Sra. Piedad fuera del 69,73% de la pensión, y el resto, es decir, el 30,27% a favor de la Sra. Lourdes , requiriendo a la Sra. Santiago la devolución de prestaciones indebidamente percibidas.

5^o.- Que el día 8 de abril de 2017, la Sra. Piedad falleció.

6^o.- Que la actora solicitó al INSS que la pensión de viudedad le fuera abonada en su totalidad, petición que le fue denegada por el INSS mediante la resolución de fecha 24 de mayo de 2017. Que interpuesta reclamación administrativa previa contra dicha resolución, la misma fue desestimada.

7^o.-Que la base reguladora de la pensión de viudedad asciende a la suma de 1.611,80 euros, siendo la fecha de efectos económicos el día 1 de mayo de 2017".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia con fecha 19 de junio de 2018, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por INSS Y TGSS contra la sentencia de fecha 19-3-18 dictada por el Juzgado de lo Social n^o 3 de Donostia en autos n^o 509/17 seguidos a instancia de Lourdes frente a INSS Y TGSS, revocando la resolución recurrida. Sin costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Santamaría Treku, en representación de D^a Lourdes , mediante escrito de 13 de septiembre de 2018, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de marzo de 2016 (rec. 664/2015). SEGUNDO.- Denuncia la infracción del art. 174 LGSS.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 4 de abril de 2019 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.



QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 9 de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate.

Con las peculiaridades que veremos, se discute si es posible que la pensión de la cónyuge supérstite se acrezca con el importe de la pensión de la cónyuge histórica (divorciada) cuando fallece ésta.

1. Hechos y antecedentes relevantes.

A) Teniendo en cuenta las correcciones introducidas en la crónica judicial de instancia por la Sala del TSJ, son hechos relevantes los siguientes:

Abril de 1963: primer matrimonio del varón.

Junio de 1986: separación del matrimonio (y ulterior divorcio).

Agosto de 1989: el causante contrae segundo matrimonio con otra mujer.

Julio de 1996: fallece el varón.

B) Agosto de 1996: el INSS reconoce a la viuda una pensión del 45 % de la base reguladora. Aplica la LGSS de 1994 y la OM de 13 febrero 1967.

Diciembre de 1996: el INSS revisa su anterior decisión y atribuye a la cónyuge histórica el 69,73% de la pensión y a la viuda el restante 30,27%. Aplica el art. 174.2 LGSS y la DA 10ª de la Ley 30/1981.

C) Abril de 2017: fallece la que fuera primera esposa y la segunda solicita que se le comience a abonar la pensión de viudedad en cuantía íntegra.

D) Mayo de 2017: El INSS deniega la referida solicitud mediante Resolución expresa, confirmada al resolver la reclamación previa presentada contra la misma. Sostiene que la regulación aplicable no es la derivada de la Ley 40/2007 (sistema distributivo) sino la anterior (sistema atributivo) y que el acrecimiento solo está previsto para otros supuestos (orfandad).

2. Sentencia del Juzgado de lo Social.

Mediante su sentencia 87/2018 de 19 de marzo el Juzgado de lo Social nº 3 de San Sebastián estima la demanda de la viuda y condena al INSS a que le abone una pensión del 52% de la base reguladora.

Argumenta que las previsiones de la Ley 30/1981 fueron incorporadas a la LGSS/1994 mediante Ley 66/1997. Recuerda que durante determinada época la jurisprudencia aplicaba un criterio de pura proporcionalidad en caso de concurrencia de varias personas como beneficiarias de la pensión de viudedad, pero a partir de la STS 21 marzo 1995 se aclara que al cónyuge viudo le corresponde la pensión íntegra y solo disminuye en la medida en que otra persona posea derecho proporcional a su cobro.

La Ley 40/2007 modificó ese régimen y de ahí deriva que la actora tenga derecho a percibir íntegramente la pensión (como inicialmente había reconocido el INSS); al no haber ya concurrencia de beneficiarios, la viuda tiene el derecho a percibirla íntegramente. Ese resultado, no prohibido, impide el enriquecimiento injusto del INSS si dejara de abonar la parte de pensión que percibía la primera cónyuge.

3. Sentencia de suplicación, recurrida.

Mediante su sentencia 1297/2018 de 19 de junio la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS (rec. nº 1147/2018).

Razona que no puede compartir la doctrina de la sentencia del TSJ de Madrid de 14 marzo 2016 por no existir previsión normativa específica y sistemática que admita expresamente el acrecimiento.

Expone que no tiene cabida en la regulación de la pensión de viudedad vigente en el momento del hecho causante (1996), la anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, el acrecimiento de la pensión de viudedad pretendido por la demandante al no existir norma o jurisprudencia alguna que lo previera, a diferencia de lo que sucede con el acrecimiento de la pensión de orfandad tras el fallecimiento del beneficiario de la pensión de viudedad causada por el mismo sujeto (orfandad absoluta).



Manifiesta, asimismo, que no resulta de aplicación en el caso concreto el criterio sentado por la STS 1015/2017 de 19 diciembre (rcud. 1480/2016) al abordar un supuesto de hecho distinto, "máxime cuando estamos ante una regulación previa a las reformas de la Ley 40/07 y 26/09".

4. Recurso de casación y escritos concordantes.

A) Con fecha 13 de septiembre de 2018 el Abogado y representante de la demandante formaliza su recurso de casación unificadora. Desarrolla un único motivo e invoca la infracción del art. 174 LGSS vigente al momento del fallecimiento del causante.

Reproduce la evolución normativa expuesta por la STS 1015/2017 de 19 diciembre (rcud. 1480/2016) y reclama la aplicación de su doctrina, habida cuenta de que se interesa algo que no está prohibido y de que la recurrente viene percibiendo una pensión incluso inferior al 40% de la base reguladora.

B) Con fecha 6 de mayo de 2019 la Letrada de la Administración de la Seguridad Social formula sus alegaciones al recurso. Considera que no concurre la contradicción entre las sentencias comparadas ya que la regulación aplicable a los casos es diversa (las reformas de 2007 y 2009 no se aplican al presente y sí al referencial).

Además, la norma aplicable (por razón de la fecha del hecho causante) establece un criterio de distribución atendiendo al tiempo de convivencia, sin prever la ulterior modificación de los porcentajes resultantes.

C) Con fecha 22 de mayo de 2019 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS.

Considera concurrente la contradicción y, aplicando las reflexiones de la STS 1015/2017 de 19 diciembre (rcud. 1480/2016), se inclina por la estimación del recurso.

SEGUNDO.- Evolución normativa y jurisprudencial.

Ya hemos puesto de relieve que tanto la sentencia recurrida cuanto la impugnación al recurso consideran que la distinta regulación aplicable a los casos comparados justifica las diversas soluciones acogidas e impide hablar de doctrinas contradictorias. Por eso resulta conveniente analizar prioritariamente la evolución habida en materia de viudedad cuando ha habido crisis matrimonial. De ese modo podremos valorar si la diversidad apuntada rompe la homogeneidad de fundamentos e impide el examen del recurso.

1. Planteamiento.

En este procedimiento se debate acerca de una pensión de viudedad derivada de un fallecimiento ocurrido en 1996. Eso explica que las normas sobre cuyo alcance gira la discusión estén contenidas en la Ley General de Seguridad Social de 1994 (básicamente, en su artículo 174, según redacción coetánea) pero sin asumir las modificaciones de las Leyes 40/2007 y 26/2009; desde luego, al margen queda la Ley General de Seguridad Social de 2015 (cuyo artículo 220 contempla la "Pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial").

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, modificó sustancialmente las reglas para la determinación de la cuantía inicial de la pensión de viudedad en las situaciones de crisis matrimonial, por lo que el análisis de las fijadas en la legislación precedente y de la doctrina jurisprudencial recaída en su interpretación constituye obligado punto de partida para entender el escenario en que se promulgó la ordenación en vigor y valorar la trascendencia de los cambios operados por la mencionada Ley en el número 2 del art. 174 LGSS aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, norma ésta que, como advierte la STS 6 marzo 2000 (rec. 838/1999) vino a establecer un régimen jurídico de carácter definitivo, por oposición al "provisional" instaurado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que introdujo el divorcio como supuesto de disolución del matrimonio.

2. Regulación originaria (Ley 30/1981 y artículo 174.1 LGSS/1994).

A) La Ley 30/1981, de 7 de julio, aprueba una nueva regulación del matrimonio así como el procedimiento a seguir en los casos de crisis de tal institución, introduciendo el divorcio. Su Disposición Adicional Décima establece que con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las cinco normas allí contenidas. La tercera de esas reglas interinas reza así:

El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quién 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.

B) Mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) cuyo artículo 174 disciplina la "pensión de viudedad" y reitera, en su número 2 lo esencial de la expuesta regulación provisional.



En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

C) La escueta disciplina de la pensión de viudedad genera múltiples dudas para los casos de divorcio, con o sin concurrencia de personas con derecho a pensión derivada de un mismo causante. Desde luego, el legislador no se preocupa de acotar el periodo de referencia dentro del cual debe hallarse la proporción, ni si los tiempos durante los cuales no ha habido convivencia comportan una minoración de la pensión; esas y otras carencias normativas han propiciado que nuestra doctrina debiera realizar una tarea interpretativa especialmente compleja. En este sentido, interesa recordar un par de aspectos.

3. Alcance de la regulación originaria.

A) En los casos de cónyuge divorciado que no concurre al disfrute de la pensión de viudedad se hace jugar la proporcionalidad. Las SSTS 14 julio 1999 (rec. 4183/1998), 23 julio 1999 (rec. 3622/1998) y 22 marzo 2000 (rec. 2710/1999), entre otras, explican que la persona divorciada no tiene derecho a percibir el importe íntegro de la pensión de viudedad, sino que se le atribuye la parte proporcional al tiempo de convivencia matrimonial con el causante.

Esa doctrina se basa en la literalidad del art. 174.2 LGSS, pero también en la evolución histórica de la prestación: tras la introducción del divorcio lo que quiere la Ley es incorporar esa situación al panorama de la pensión, pero sin pretender variar los requisitos para obtenerla. Por ello, el tiempo de convivencia sigue siendo relevante a efectos de determinar el porcentaje de la pensión devengado.

B) En los casos de concurrencia de beneficiarios (por haber contraído nuevas nupcias el causante divorciado) se considera que quien es cónyuge al momento del fallecimiento merece la protección amplia. Las SSTS 21 marzo 1995 (rec. 1712/1993), 10 noviembre 1999 (rec. 4698/1998), 24 enero 2000 (rec. 593/1999) y 27 enero 2004 (rec. 3610/2002), entre otras, explican lo siguiente:

* El derecho del cónyuge superviviente a la pensión de viudedad mediando divorcio previo del causante, se configura como un derecho pleno.

* Si el cónyuge concurre con quien lo ha sido debe restarse de la cuantía de la pensión la porción que ha de asignarse al excónyuge.

* La pensión del beneficiario divorciado siempre está en proporción al período que alcanzó su convivencia conyugal, actuando como módulo temporal de referencia el que va desde el matrimonio inicial (disuelto por divorcio) hasta el fallecimiento del causante.

C) Esta interpretación sobre el modo de hallar el importe de la pensión para los sujetos concurrentes suele identificarse como doctrina atributiva. Su argumento central, expuesto en resoluciones como las recién mencionadas, es el siguiente:

La regla de proporcionalidad del nº 2 del art. 174 LGSS (coincidente con la norma 3ª de la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981) se refiere exclusivamente al divorciado y al separado, pero no al viudo con matrimonio normal; la literalidad de dicha norma (..) no conduce a entender que incluya la concurrencia, dado que la mención que contiene a 'quien sea o haya sido cónyuge legítimo' debe entenderse referida al separado o divorciado, respectivamente, como lo demuestra la frase que cierra el mencionado precepto, aludiendo al dato de la independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

4. Regulación posterior (Leyes 40/2007 y 26/2009).

A) El contenido del artículo 174.2 LGSS se vio pronto alterado como consecuencia de la Ley 60/1997, de 30 de diciembre. A la regla ya examinada se añade ahora otra específica para los matrimonios nulos:

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante.

B) Es con la Ley 40/2007, de 4 de marzo, cuando aparecen importantes cambios en el precepto que examinamos, quedando redactado del siguiente modo:

En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas



judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedará extinguida por el fallecimiento del causante.

Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente.

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el párrafo anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios.

Como se observa: la Ley 40/2007 admite la posibilidad de pensión de viudedad a favor de la pareja de hecho; mantiene la regla de proporcionalidad para los supuestos de concurrencia; minorra la garantía del derecho a pensión para el excónyuge puesto que solo surge si viene percibiendo pensión compensatoria; potencia el derecho de quien está vinculado al causante en el momento de fallecer (como cónyuge o pareja de hecho) a fin de que perciba al menos un 40% de la pensión.

Pese a remodelar profundamente la norma examinada, así como otras varias concordantes, el legislador sigue sin precisar cuál es el periodo de referencia dentro del cual debe hallarse la proporción; tampoco especifica si los tiempos durante los cuales no ha habido convivencia comportan una minoración de la pensión.

C) La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, introduce nuevos cambios en el primer párrafo del artículo 174.3 LGSS, que queda redactado del siguiente modo:

En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedará extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

El endurecimiento de los requisitos exigidos al excónyuge para acceder a la pensión de viudedad se dulcifica con la introducción de reglas intertemporales (Disposición Transitoria 18ª LGSS), eximiendo del requisito de la pensión compensatoria en determinadas condiciones y para los "hechos causantes" producidos hasta el 31 de diciembre de 2009.

Como se observa, la reforma de 2009 contempla de manera específica la protección para las víctimas de violencia de género, cuestión ajena al presente procedimiento, y prosigue en la línea de debilitar los derechos del excónyuge: la pensión de viudedad que perciba (con o sin concurrencia) queda topada por el importe de la pensión compensatoria que viniera percibiendo del causante.

El nuevo cambio legislativo (dando una redacción al artículo 174.2 LGSS que ha pasado al actual art. 220 LGSS) sigue sin despejar las dudas acerca del modo de proceder en los casos de concurrencia de beneficiarios (periodo de referencia, efectos de los tiempos sin convivencia matrimonial o análoga). Veamos seguidamente si se puede precisar mejor su alcance.

D) Tras las últimas reformas, la situación del excónyuge que sea titular único de la pensión ha cambiado de manera relevante respecto de la precedente.

Por un lado, la redacción legal ya no le extiende el principio de proporcionalidad (lo que significa que tiene derecho a percibir la pensión completa). La STS de 23 junio 2014 (rec. 1233/2013; Pleno) explica que a las nuevas pensiones de viudedad ya no se les aplica la llamada tesis atributiva, que sostiene que la regla de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de la pensión no limita su aplicación al caso de concurrencia



de beneficiarios para distribuir entre ellos el importe de la prestación causada, sino que opera en todos los supuestos de crisis matrimoniales como un criterio de asignación del derecho en función del tiempo convivido

Por otro lado, la redacción legal limita la cuantía de la pensión en estos casos puesto que no puede superar el importe de la pensión compensatoria que se venga percibiendo.

Como recuerda la STS 786/2017 de 11 octubre (rec. 3911/2015; Pleno), la Ley 20/2007 sólo impone el reparto proporcional al tiempo vivido con el causante cuando se produce la concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión. Ello supone que, para los hechos causantes posteriores a la citada norma legal, la situación del viudo divorciado solo está afectada -por lo que a la cuantía de la pensión se refiere- de concurrir con otro beneficiario.

E) Más compleja parece la situación cuando el cónyuge supérstite concurre con el excónyuge. En este caso la norma indica que " *será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante*".

Se opta así, como ha resaltado la STS de 23 junio 2014 (rec. 1233/2013) por la llamada " *tesis distributiva*", en razón de la cual los períodos en los que el causante no mantuvo convivencia matrimonial con ninguno de los beneficiarios, se distribuyen entre ellos con arreglo al tiempo vivido con aquél, frente a la situación anterior en la que se le atribuían al cónyuge sobreviviente.

Por otro lado, como se ha visto, opera la regla atenuadora de la estricta proporcionalidad: al cónyuge superviviente se le garantiza en todo caso un porcentaje del 40%.

5. Recapitulación.

La evolución normativa descrita pone de manifiesto la existencia de dos reformas sucesivas con incidencia en la cuestión sometida a la consideración de la Sala. La primera afecta a las reglas para la determinación de la cuantía de la pensión en situaciones de concurrencia de beneficiarios. El cambio lo lleva a cabo la Ley 40/2007, al consagrar en el párrafo segundo del art. 174.2 como regla principal de reparto el criterio distributivo "prorrata temporis" en consideración al tiempo efectivo de convivencia de cada uno de los beneficiarios con el causante, e incluir una regla adicional de acuerdo con la cual el cónyuge supérstite tiene derecho en todo caso a percibir el 40 % de la pensión.

De esta forma el legislador conjuga dos intereses básicos que estima susceptibles de protección: uno derivado de la duración de la convivencia con el causante, y otro de la vigencia del vínculo en el momento del óbito, generadora de un especial desequilibrio económico (STC 186/2004).

A esta reforma se agrega la que la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, efectúa en el párrafo primero de ese mismo apartado y precepto. La norma limita la cuantía de la pensión de viudedad del cónyuge separado judicialmente o divorciado a la de la pensión compensatoria, a cuyos efectos, según establece la STS 20 abril 2015 (rec. 1326/2014), ha de estarse al importe fijado en la sentencia firme de separación o divorcio, directamente u homologando el acuerdo entre las partes sobre tal extremo.

Por cuanto aquí importa, ninguna previsión aparece en los distintos bloques normativos que resuelva la cuestión suscitada, referida al eventual derecho de acrecimiento cuando fallece la cónyuge histórica que venía percibiendo una parte de la pensión.

TERCERO.- Análisis de la contradicción.

Tanto por tratarse de una cuestión de orden público cuanto por haberse cuestionado en el escrito de impugnación del recurso, debemos analizar la concurrencia del presupuesto de la contradicción doctrinal.

Ante pretensiones similares, fundadas en análoga causa de pedir, partiendo de un sustrato fáctico sustancialmente coincidente, y aplicando distinta regulación, las sentencias comparadas mantienen criterios opuestos que les han llevado a adoptar soluciones divergentes en cuanto al derecho de la cónyuge supérstite a que su prestación de viudedad se incremente a en la suma que deja de percibir la otra beneficiaria como consecuencia de tener su pensión topada.

Lo decisivo, por tanto, estriba en si la entrada en juego de bloques normativos distintos afecta a la identidad exigida por el artículo 219.1 LRJS.

1. Alcance de la exigencia legal.

A) El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca



una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". En este sentido, por todas, SSTs 31 de enero de 2017 (rcud 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (rcud 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (rcud 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (rcud 2734/2015).

B) Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

Así lo expresan innumerables resoluciones (sentencias o autos), valiendo por todas las citas de las SSTs de 8 de febrero de 2017 (rcud 614/2015), 6 de abril de 2017 (rcud 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (rcud 1201/2015).

C) El requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Pero si bien esta labor "normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, hay supuestos en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición -legal o convencional- de que se trata. En ese sentido, por ejemplo, SSTs 09 diciembre 2010 (rec. 831/2010); 30 enero 2012 (rec. 2720/2010) y 19 marzo 2013 (rec. 2334/2012).

2. Sentencia referencial.

La sentencia de contraste (STSJ de Madrid, 14/03/2016, rec. 664/2015) estima el recurso de suplicación de la demandante, cónyuge del sujeto causante en el momento del fallecimiento en 2012.

Con revocación de la sentencia de instancia le reconoce el derecho al acrecimiento de la pensión de viudedad tras el fallecimiento en el año 2014 de la otra beneficiaria concurrente, la excónyuge por divorcio del sujeto causante, con quien venía compartiendo la pensión de viudedad.

Conforme a su doctrina, puesto que la pensión de viudedad es única y tiene naturaleza contributiva, la cónyuge del sujeto causante en el momento del fallecimiento tiene derecho a la pensión íntegra de viudedad tras el fallecimiento de la otra beneficiaria, excónyuge por divorcio del sujeto causante, con quien venía disfrutando la pensión en régimen de concurrencia, exactamente en los mismos términos en los que la pensión fue objeto de reconocimiento administrativo inicial tras la muerte del sujeto causante y hasta que poco tiempo después fue objeto de minoración al tener también derecho a la pensión de viudedad la otra beneficiaria en régimen de concurrencia (art. 174.2 LGSS-1994, producto de la reforma de 2007).

3. Consideraciones sobre la contradicción.

Consideramos que sí concurre la contradicción del artículo 219.1 LRJS al existir coincidencia sustancial en las pretensiones (acrecimiento de la pensión de viudedad de la cónyuge del sujeto causante tras el fallecimiento de la otra beneficiaria, excónyuge por divorcio), los fundamentos (sobre lo que rezonaremos de inmediato) y los hechos más relevantes (pensionistas de viudedad, cónyuges del sujeto causante en el momento del fallecimiento, que concurren con otras beneficiarias, excónyuges por divorcio, y tras el fallecimiento de la otra beneficiaria de la pensión de viudedad en régimen de concurrencia solicitan al INSS el acrecimiento de la pensión de viudedad en calidad de únicas beneficiarias).

Pese a la referida identidad sustancial las soluciones de la sentencia recurrida y de la sentencia de contraste son contradictorias, favorable al derecho al acrecimiento de la pensión de viudedad disfrutada por la cónyuge del sujeto causante tras el fallecimiento de la otra beneficiaria de la misma pensión la sentencia de contraste y no así la sentencia recurrida.

No impide la existencia de contradicción el hecho de que en la sentencia recurrida la pensión de viudedad se causara en el año 1996 y resultara de aplicación la versión del artículo 174.2 LGSS anterior a las reformas de 2007 y 2009, mientras en la sentencia de contraste la pensión de viudedad se causara en el año 2012, con la versión ulterior del artículo 174.2 LGSS. Como se ha visto (Fundamento Segundo) en ninguna de las versiones del precepto hay previsión específica sobre el acrecimiento o no de la pensión de viudedad del cónyuge del sujeto causante en caso de finalización del régimen de concurrencia de beneficiarios, por ejemplo, por fallecimiento del excónyuge por divorcio del sujeto causante.



Aunque la Ley 40/2007 modificara, entre otras muchas cuestiones, diferentes aspectos del régimen de concurrencia de beneficiarios de la pensión de viudedad, ni antes de dicha norma ni después hay previsión específica alguna sobre el acrecimiento o no de la pensión de viudedad del único beneficiario superviviente en caso de conclusión por cualquier causa del régimen previo de concurrencia de beneficiarios.

CUARTO.- Sobre el derecho al "acrecimiento" de la pensión de viudedad.

1. Punto de partida: pluralidad de beneficiarias, con diversa entidad.

Para establecer la unidad de doctrina que el legislador encomienda a este Tribunal (art. 228.2 LRJS) es necesario partir de la premisa sentada al examinar el alcance del artículo 174.2 LGSS: la persona viuda es titular de una pensión íntegra y solo en la medida en que concurra otra beneficiaria le será minorada su cuantía.

2. Doctrina de la STS 1015/2017 de 19 diciembre .

Según queda relatado, la STS 1015/2017 de 19 diciembre (rcud. 1480/2016; Pleno) aparece invocada tanto por la sentencia recurrida cuanto por el recurso y su impugnación como en el Informe de la Fiscalía, dando lugar a la defensa de tesis opuestas. De ahí que interese recordar su verdadero alcance.

En ella se aborda un problema de pensión de viudedad con beneficiarias concurrentes, estando topada la pensión de la excónyuge. Tras poner de relieve las diferencias derivadas de la evolución normativa, se concluye que si la cuantía correspondiente al antiguo cónyuge supera el importe de la pensión compensatoria, el exceso revierte en favor de quien sea cónyuge (o asimilado) en el momento del fallecimiento. Esa conclusión se alcanza superando una interpretación literal de la norma, que realmente no ha regulado el problema suscitado, y acudiendo a criterios sistemáticos, teleológicos y lógicos.

El problema allí afrontado es diverso del actual. La propia STS 1015/2017 así lo advierte en su Fundamento Cuarto: "Añadamos que el derecho del excónyuge a percibir pensión compensatoria es anterior al hecho causante de la prestación y que despliega toda su virtualidad en la fase de determinación de la cuantía inicial de la pensión de viudedad. No estamos ante una vicisitud posterior a la fijación de la cuantía de la pensión. Lo que está en juego no es el derecho del cónyuge superviviente al acrecimiento de la pensión de viudedad por el acaecimiento de un hecho sobrevenido tiempo después de una asignación definitivamente consumada" (apartado 2.B).

Ello, por descontado, no ha de impedir, sino más bien todo lo contrario, que las pautas interpretativas allí asumidas nos auxilien a la hora de resolver la cuestión ahora debatida.

3. Argumentos hermenéuticos.

Consideramos que la solución acertada es la que contiene la sentencia de contraste, pero basándola en argumentos distintos de los que contiene. Veamos seguidamente las razones de nuestra posición.

A) Inadecuación del canon gramatical para dirimir la cuestión planteada.

La estricta literalidad del art. 174.2.II LGSS, tanto antes cuanto después de la Ley 40/2007, apunta a una estricta proporcionalidad (con la cautela del 40% para los casos de hechos causantes posteriores a la refirma) de las pensiones concurrentes. Sin embargo, eso no significa que el problema abordado deba resolverse con ese criterio, puesto que se trata de cuestión no contemplada por la norma.

Tanto la LGSS/1994 cuanto las reformas de 2007 y 2009 ignoran la situación que aquí se dirime. De ahí que el silencio no pueda entenderse como equivalente a una tácita voluntad de descartar la incidencia de la aplicación de ese límite a efectos del reparto de la pensión. No se han aportado al litigio ni conocemos antecedentes, elementos contextuales o de otro tipo que avalen tal intención.

Tanto la sentencia recurrida cuanto el INSS insisten en que aquí la norma no contempla ese peculiar acrecentamiento de la pensión de viudedad, mientras que sí sucede respecto de otros supuestos (básicamente de orfandad respecto de la pensión de viudedad). El derecho de acrecer la pensión de orfandad en determinados casos solo puede existir si la norma lo contempla, puesto que se trata de abonar una pensión por encima de la cuantía propia de la misma; aquí, por el contrario, lo que está en juego es si la cuantía íntegra de la pensión de viudedad, que percibiría la viuda de no concurrir con otra beneficiaria, se reactiva cuando desaparece el derecho de esa segunda persona.

B) Teleología de la regulación.

Como hemos apuntado más arriba, la clara finalidad de la regulación aplicable es la de atribuir la pensión de viudedad en atención al tiempo de convivencia que cada una de las personas beneficiarias de la pensión acredite. Pero la regulación presupone que el importe de la pensión se lucre íntegramente por la persona viuda si es la única beneficiaria. Aunque el legislador todavía no había introducido la cautela del 40% en su favor, ni

el condicionante referido al cobro de pensión compensatoria respecto del excónyuge, esa finalidad aparece nítidamente.

Por eso nuestra doctrina insistió en que el derecho del cónyuge superviviente a la pensión de viudedad, mediando divorcio previo del causante, se configura como un derecho pleno (véase al apartado 3.B del Fundamento Segundo). De ese derecho se descuenta el importe percibido por otras eventuales beneficiarias de la pensión.

De ese modo, parece más acorde con la finalidad tuitiva de la norma (pese a sus imperfecciones) que el derecho pleno solo esté afectado por el descuento durante el tiempo en que existe la concurrencia de beneficiarios.

C) Interpretación sistemática.

La regulación aplicable (al igual que la actual) parte de la idea de que a partir del hecho causante se genera una pensión completa que debe repartirse entre sus beneficiarios, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad convivencial. De ese modo, sin perjuicio de los mínimos y máximos establecidos posteriormente (40%, importe de la compensatoria) opera una especie de vasos comunicantes porque la bajada o subida de la pensión percibida por cada uno de los beneficiarios repercute en el otro. Esta concepción justifica la aplicación del principio de coherencia como argumento de interpretación, que conduce asimismo a la solución apuntada: cuando la pensión del excónyuge se extingue, esa misma porción se traslada a la pensión del cónyuge (o pareja) conviviente.

Tampoco debiera desdeñarse el canon interpretativo (art. 53.3 CE) brindado por el artículo 41 CE, conforme al cual "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad". Corresponde, por tanto, al legislador la determinación de cuáles son las "situaciones de necesidad" protegidas. Y la norma identifica como merecedora de la pensión de viudedad en su cuantía íntegra la persona que posee la condición de cónyuge (o asimilada) al momento del fallecimiento salvo que deba minorarse por razón de concurrencia. Por tanto, esa situación de necesidad se atiende mejor permitiendo que la pensión recupere el importe querido por la Ley para los casos en que no haya concurrencia que haciendo pervivir en el tiempo su magra cuantía pese a que desaparezca la causa que abocaba a su minoración.

D) Contexto social.

La pretensión que activa este procedimiento surge en un momento (2017) en el que las normas vigentes sobre concurrencia de beneficiarios han garantizado que la persona viuda perciba un porcentaje mínimo de la pensión causada (el 40%) y que la parte no percibida por las otras personas concurrentes acrezca su derecho (STS 105/2017). Se trata de elemento que conviene tomar en cuenta también.

No se trata de que al fallecer la cónyuge histórica (abril de 2017) surja un nuevo hecho causante y se altere la regulación aplicable por razones cronológicas al caso (la de 1996), sino de que pugna con la realidad social que se mantenga una pensión muy parcial (del 30,27% de su importe) en favor de quien podía haber percibido la totalidad, con independencia del tiempo de duración de su matrimonio (que fue de siete años), si no hubiera existido pensión concurrente. Dicho de otro modo: si la cónyuge histórica hubiera fallecido antes que el causante, no se habría cuestionado que la viuda percibiría íntegramente la pensión.

La atención a "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" (art. 3.1 CC) las normas reseñadas, en las que no se da solución expresa al problema, invita también a la estimación del recurso.

E) Conclusión.

Tras extinguirse el derecho a percibir pensión de viudedad por parte de la primera esposa del causante, recupera toda su amplitud el derecho originario e íntegro de la viuda. No se trata de realizar un nuevo cálculo, ni de revisar los porcentajes de pensión que deba abonar el INSS ni, mucho menos, de aplicar normas sobrevenidas al hecho causante sino de que cese el descuento o reparto que ha tenido sentido solo en tanto existía concurrencia de personas beneficiarias.

Tampoco inspira esta solución el deseo de evitar el enriquecimiento injusto de la Entidad Gestora (figura que no consideramos aplicable al supuesto), ni de alterar los requisitos para que surja el derecho al percibo de la pensión. Lo único que sucede es que desaparece la causa por la que su importe no era satisfecho íntegramente a la viuda. Y, eso sí, se dispensa una protección acorde con el carácter contributivo que posee la viudedad examinada, ya que es el causante quien cumplió los requisitos exigidos para que el sistema abonase una pensión de viudedad a su fallecimiento, con independencia de si era o no compartida.

En puridad, por más que así lo hayan denominado a lo largo del procedimiento las partes contendientes o las sentencias contrastadas y ello sea admisible por lo gráfico que resulta, no estamos ante un acrecimiento



de pensión. Esta figura, conocida tanto en el ámbito del Derecho Sucesorio (art. 922 CC: "Si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar") como en el de la protección por muerte y supervivencia de la Seguridad Social (art. 17 y siguiente de la OM de 13 de febrero de 1967; art. 233 LGSS/2015) implica que la pensión de quien fallece pasa a percibirla quien sobrevive. Sin embargo, en nuestro caso lo que sucede es que desaparece el motivo por el que la pensión no se percibía de manera íntegra por la cónyuge viuda.

Cuando hay verdadero acrecimiento el derecho de quien se beneficia del mismo resulta incrementado respecto de lo que originariamente le corresponde. Por el contrario, en nuestro supuesto lo que sucede es que se reestablece el derecho en su dimensión originaria. Ni hay nuevo hecho causante, ni se recalcula la pensión, ni se puede buscar un punto de conexión normativo diverso. La Entidad Gestora va a seguir abonando la misma pensión, cuyo carácter único venimos proclamando de manera continuada. Por eso no compartimos el argumento, en sentido contrario, conforme al cual si la LGSS establece el acrecimiento para determinados supuestos de orfandad y no lo hace para la viudedad es que se ha querido descartar. En el caso de la orfandad aumentada con la viudedad vacante, quien se beneficia de ello pasa a tener un derecho de importe superior al que corresponde a la situación protegida (la orfandad) mientras que ahora quien se beneficia de la interpretación que acogemos solo lucra la pensión que originariamente le correspondería de no haber concurrencia de beneficiarias.

En tal sentido es significativa la conducta de la propia Entidad Gestora. Al fallecer el causante reconoce a la viuda una pensión de cuantía íntegra (agosto 1996); solo cuando la excónyuge reclama procede a descontar a la viuda la fracción correspondiente a la primera esposa (diciembre 1996). Con la solución que patrocinamos, la pensión de la persona viuda (asimilada) recupera, de ese modo, el monto querido por el legislador para los casos en que no debe compartir la pensión con nadie.

Aunque por argumentos algo diversos, coincidimos así, en esencia, con el Informe de Fiscalía: "Partiendo de que la pensión de viudedad está concebida como una pensión única a favor del cónyuge supérstite (art. 174.1 LGSS), en el caso de concurrencia de ambos la prestación se abonará íntegramente entre ambos en la forma prevista en el art. 174.2 siguiendo la interpretación de la sentencia del Pleno citada, pero si con posterioridad el excónyuge fallece, el viudo y real titular de la pensión de viudedad tiene derecho a percibir en su integridad la pensión de viudedad".

4. Estimación del recurso.

A) Por las razones expuestas, entendemos que, en supuesto de concurrencia de personas beneficiarias, al importe de pensión de viudedad que le corresponde al cónyuge supérstite (en proporción al tiempo de convivencia con el causante) se le debe añadir la porción de pensión que (en razón de ese mismo parámetro) ha venido percibiendo el excónyuge a partir del momento en que se extingue este derecho.

Conviene advertir que la solución expuesta no puede trasladarse ni al supuesto inverso (fallecimiento de la persona viuda y supervivencia del cónyuge histórico), ni a otros en los que hay concurrencia de diverso tipo (por ejemplo, entre excónyuges) o en los que son otras personas (huérfanos) a quienes el legislador desea que se destine el importe de la pensión extinguida, ni a cualesquiera otros diversos.

B) Conforme al artículo 228.2 LRJS, *si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe.*

C) A la vista de cuanto antecede, debemos estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la actora, casando u anulando la sentencia recurrida, que interpretó erróneamente el art. 174.2 LGSS/1994.

Asimismo, debemos resolver el debate habido en suplicación de acuerdo con la doctrina sentada. Ello supone la desestimación del recurso de tal clase formulado en su día por el INSS, quedando firme la sentencia de instancia, sin que haya lugar a pronunciamiento sobre costas (art. 235.1 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :



- 1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Lourdes , representada y defendida por el Letrado Sr. Santamaría Treku.
- 2) Casar y anular la sentencia nº 1297/2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 19 de junio de 2018.
- 3) Resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase (rec. nº 1147/2018), interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.
- 4) Declarar la firmeza de la sentencia nº 87/2018 de 19 de marzo de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de San Sebastián, en los autos nº 509/2017, seguidos a instancia de la señora Lourdes contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre viudedad.
- 5) No adoptar medida especial sobre imposición de costas, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ