

Resumen

Frente a sentencia que reconoció a la codemandada, primera esposa del causante fallecido en atentado terrorista, pensión de viudedad en proporción al tiempo de convivencia, recurre en casación para la unificación de doctrina la actora, viuda de aquél, alegando que a la primera no le corresponde tal derecho por tener una convivencia de pareja de hecho en el momento del hecho causante. El TS desestima el recurso basándose en la declaración de inconstitucionalidad, por vulneración del art.14 CE, del art. 174.3 LGSS, en su referencia a la concreta causa de extinción de la pensión establecida en el art. 101 CC de "vivir maritalmente con otra persona". Indica la Sala que si la convivencia more uxorio con una persona con la que no existe vínculo conyugal es perfectamente lícita en el marco de nuestro ordenamiento, de este hecho no puede deducirse la privación de una pensión de viudedad, pues esta circunstancia no es justificación objetiva y razonable que explique un diferente trato con respecto al cónyuge viudo.

NORMATIVA ESTUDIADA

RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social art.174.3

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

SEGURIDAD SOCIAL

MUERTE Y SUPERVIVENCIA

Viudedad

Cónyuge beneficiario

Efectos del divorcio

Derecho a la prestación

Existencia de doble beneficiario

TRABAJADOR

DERECHOS EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

No discriminación

Cuestiones generales

Justificación objetiva y razonable del trato discriminatorio

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Beneficiario de prestación,INSS; Desfavorable a: Beneficiario de prestación

Procedimiento:Recurso de casación para la unificación de doctrina

Legislación

Aplica art.174.3 de RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social

Cita Ley 52/2003 de 10 diciembre 2003. Disposiciones específicas en materia de Seguridad Social

Cita RD 1465/2001 de 27 diciembre 2001. Modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia

Cita Ley 66/1997 de 30 diciembre 1997. Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

Cita art.217, art.222, art.233.1 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Cita RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social

Cita Ley 30/1981 de 7 julio 1981. Modifica Matrimonio en el C.C. y Procedimiento de Nulidad, Separación y Divorcio

Cita art.14 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio - Derecho a la prestación STC Sala 2ª de 27 abril 2010 (J2010/61697)

- Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio
- Derecho a la prestación STS Sala 4ª de 26 mayo 2004 (J2004/116307)
- Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio
- Derecho a la prestación STS Sala 4ª de 27 enero 2004 (J2004/1231)
- Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio
- Derecho a la prestación STC Pleno de 19 junio 2003 (J2003/30564)
- Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio
- Derecho a la prestación STS Sala 4ª de 20 marzo 2000 (J2000/3291)
- Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio
- Derecho a la prestación STS Sala 4ª de 17 enero 2000 (J2000/2259)
- Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio
- Derecho a la prestación STS Sala 4ª de 10 noviembre 1999 (J1999/40529)
- Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio
- Derecho a la prestación STS Sala 4ª de 23 julio 1999 (J1999/33792)
- Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio
- Derecho a la prestación STS Sala 4ª de 14 julio 1999 (J1999/22419)
- Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio
- Derecho a la prestación STS Sala 4ª de 26 abril 1995 (J1995/12185)
- Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio
- Derecho a la prestación STS Sala 4ª de 10 abril 1995 (J1995/3147)
- Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio
- Derecho a la prestación STS Sala 4ª de 21 marzo 1995 (J1995/1347)
- Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 31 mayo 1993 (J1993/5185)

En la Villa de Madrid, a siete de julio de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Fernando Luján de Frías, en nombre y representación de Dª Josefa, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 10 de marzo de 2005, en el recurso de suplicación número 624/2005, interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Dª María Teresa contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de los de Madrid el 28 de septiembre de 2004, en autos núm. 734/2004, seguidos a instancia de Dª Josefa contra Dª María Teresa, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre pensión de viudedad.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julia,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de septiembre de 2004, el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid, dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los siguientes:

1º D. Braulio falleció el pasado 11-3-04 en el atentado terrorista perpetrado en Madrid en la estación del Pozo.

2º.- El Sr. Braulio contrajo matrimonio con la demandada Dª María Teresa, nacida el 9-1-54, el 9-11-74. El matrimonio quedó separado por sentencia de 18-2-86 del Jdo. de 1ª Instancia núm. 1 de Alcalá de Henares y el 25-11-96 el Jdo. De 1ª Instancia núm. 2 de esa misma localidad decretó el divorcio.

3º.- El Sr. Braulio contrajo nuevo matrimonio con la demandante Josefa el 31-1-98, encontrándose en vigor el vínculo en el momento del atentado.

4º.- La demandada Sra. María Teresa desde 1991 convive establemente con D. José Miguel y son padres de una hija, Silvia de 12 años. No figuran inscritos como parejas de hecho en el registro de la CAM.

5º.- Solicitó la demandante la prestación de viudedad y el 29-4-04 se dictó resolución por el INSS que reconoce una pensión de viudedad de 104% de la base reguladora de 2.341,29 euros de la que por razón del tiempo de convivencia de las Sras. Josefa y María Teresa, atribuye a la primera y demandante un 61,55% y el 38,45% a la segunda y demandada".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Estimo la demanda formulada por Dª Josefa, revoco la resolución dictada por el INSS el 29-4-04 reconociéndola como única beneficiaria de la prestación de viudedad causada por el fallecimiento de su marido D. Braulio en atentado terrorista, condenando al INSS a que le abone una prestación de 104% de la base reguladora de 2.341,29 euros mensuales y con efectos del 11-3-04. Condeno a la codemandada Dª María Teresa a estar y pasar por esta resolución sin perjuicio del derecho que asiste a la gestora de interesar el reintegro de la prestación que se le ha venido abonando".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia de fecha 10 de marzo de 2005, en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que estimando ambos recursos y revocando la sentencia de instancia, debemos desestimar y desestimamos íntegramente la demanda interpuesta en su día por Dª Josefa, absolviendo, como absolvemos, a los demandados de la pretensión en su contra ejercitada".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D^a Josefa, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 12 de mayo de 2005, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Tenerife de fecha 15 de marzo de 2002 (Rec. núm. 930/2001).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 29 de noviembre de 2005, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación por la representación del INSS y de D^a María Teresa, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso improcedente e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 17 de octubre de 2006.

SEXTO.- Mediante Providencia de fecha 17 de octubre de 2006, se acordó suspender de dicho señalamiento hasta que el Tribunal Constitucional se pronunciase sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada por esta Sala y, una vez unida al rollo el testimonio de la sentencia de 27/04/2010, dictada por el Tribunal Constitucional, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 1 de junio de 2010, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por el Juzgado de lo Social número 33 de los de Madrid se dictó Sentencia el 28 de septiembre de 2004, en autos 734/2004, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Estimo la demanda formulada por D^a Josefa, revoco la resolución dictada por el INSS el 29-4-04, reconociéndola como única beneficiaria de la prestación de viudedad causada por el fallecimiento de su marido D. Braulio en atentado terrorista, condenando a INSS a que le abone una prestación del 104% de la base reguladora de 2.341,29 euros mensuales, y con efecto de 11-3-04. Condeno a la codemandada D^a María Teresa a estar y pasar por esta resolución, y sin perjuicio del derecho que asiste a la gestora de interesar el reintegro de la prestación que se le ha venido abonando."

2.- Como resulta de los hechos probados de dicha sentencia, D. Braulio falleció el pasado 11 de marzo de 2004 en atentado terrorista. El Sr. Braulio había contraído con la codemandada D^a María Teresa el 9 de noviembre de 1974, dictándose sentencia de separación el 18 de febrero de 1986 por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 1 de Alcalá de Henares, y sentencia posterior de divorcio, concretamente, el 25 de noviembre de 1996 por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 2 de la misma localidad. El Sr. Braulio contrajo nuevo matrimonio con la demandante D^a Josefa el 31 de enero de 1998, encontrándose en vigor el vínculo en el momento del atentado. La codemandada Sra. María Teresa desde 1991 convive establemente con D. José Miguel y son padres de una hija, Silvia de 12 años. No figuran inscritos como parejas de hecho en el registro de la CAM.

3.- Recurrida en suplicación la mencionada sentencia tanto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social como por la codemandada D^a María Teresa, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 10 de marzo de 2005, (recurso 642/2005), estimando ambos recursos, revocando la sentencia de instancia, y desestimando la demanda interpuesta por D^a Josefa. En resumen, la sentencia, con cita de otra anterior de 6 de noviembre de 2003, entendió que la aplicación del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443, que remite a los supuestos establecidos en el artículo 101 del Código Civil EDL 1889/1, no puede ser entendida, como alega la recurrente, en el sentido de que al haber convivido "more uxorio" con otra persona, la primera esposa del causante no tenga derecho a la parte correspondiente de la pensión de viudedad, ya que el citado precepto del Código Civil EDL 1889/1 fue objeto de interpretación integrada por la sentencia del Tribunal Constitucional 125/03, de 19 de junio EDJ 2003/30564, que declaró inconstitucional la norma 5^a de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 de 7 de julio EDL 1981/2897, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código Civil EDL 1889/1, de vivir maritalmente con otra persona, sin que el citado precepto -174.3 de la LGSS EDL 1994/16443- haya experimentado modificación importante tras la introducida por el artículo 34 de la Ley 24/2001, ni tampoco en el Real Decreto 1465/2001, de 17 de diciembre EDL 2001/50226, dado el mantenimiento de la remisión al artículo 101 del Código Civil EDL 1889/1.

4.- Contra esta sentencia se interpuso por la citada demandante recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, en cumplimiento del proveído de esta Sala de 3 de abril de 2009, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en fecha 15 de marzo de 2002, en recurso 930/2001.

5.- Tanto el Instituto Nacional de la Seguridad Social demandado como la codemandada D^a María Teresa han impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que lo estima improcedente.

SEGUNDO.- 1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, dictada -como ya se ha dicho- por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en fecha 15 de marzo de 2002, en el recurso 930/2001, examinó al igual que la recurrida, si procede repartir la cuantía de la pensión de viudedad entre la viuda del causante y su anterior cónyuge, al mantener esta última desde hace años y vigente en la actualidad una relación de convivencia no matrimonial con otra persona. Esta sentencia desestimó la pretensión ejercida por la cónyuge divorciada del causante fallecido sobre la base de lo dispuesto en el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443, en relación con el artículo 101 del Código Civil EDL 1889/1, que ponen de relieve que el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, en concreto, por vivir maritalmente con otra persona.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 pues en ambos supuestos se examina el derecho a la pensión de viudedad de quien se encuentra legalmente separada o divorciada del causante y convive "more uxorio" con otra persona, manteniéndose en la fecha de fallecimiento del causante. Es irrelevante que la sentencia recurrida se dictara, una vez el Tribunal Constitucional había declarado la inconstitucionalidad del apartado quinto de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981 EDL 1981/2897 , y la de contraste antes de dicha declaración, pues ambas sentencias, la recurrida y la de contraste aplican el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 , habiendo llegado a resultados contradictorios, pues en tanto la sentencia recurrida entiende que no se extingue el derecho a percibir pensión de viudedad por convivir "more uxorio" con otra persona, la de contraste entiende que dicha convivencia extingue el derecho a la pensión de viudedad.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- 1.-La recurrente denuncia la infracción del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 , en redacción dada por el artículo 17 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre EDL 2003/144873 , y la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia de 26 de mayo de 2004 (recurso 3103/2003). Se alega, en esencia, que a la codemandada, D^a María Teresa no le corresponde percibir pensión de viudedad al existir una convivencia de pareja de hecho en el momento del hecho causante de la misma, el fallecimiento del que fue su esposo.

2.- Pues bien, en primer lugar hay que señalar que la redacción dada por la Ley 52/03, de 10 de diciembre EDL 2003/144873 al artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 es irrelevante para la resolución de la cuestión debatida, pues dicha norma modificó el apartado 1 del artículo 174 y la cuestión controvertida gira en torno a los apartados 2 y 3 del precitado artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 .

La redacción del artículo 174 de la LGSS EDL 1994/16443 , dada por la Ley 66/1997 de 30 de diciembre EDL 1997/25471 , aplicable al supuesto examinado, teniendo en cuenta la fecha del hecho causante, se encuentra dividido en tres apartados, que se refieren a los requisitos de la pensión de viudedad del cónyuge sobreviviente (apartado 1), a la pensión de viudedad "en los supuestos de separación o divorcio y nulidad matrimonial (apartado 2) y a la pérdida de los derechos derivados del apartado anterior -supuestos de separación, divorcio y nulidad recogidos en el apartado 2- (apartado 3)". El apartado 2 establece: "En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio". El pasaje inicial del precepto identifica determinados beneficiarios de la pensión ("quien sea o haya sido cónyuge legítimo"); el siguiente expresa una causa impeditiva de la adquisición del derecho (haber contraído "nuevas nupcias"); el siguiente indica el criterio de cálculo de la pensión reconocida ("cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido"); y el último incluye la inexistencia de causas impeditivas, atendiendo a los motivos de la separación o el divorcio ("con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio").

A la vista del enunciado del precepto queda clara su finalidad que no es otra que, con independencia de las causas que provocaran la separación, nulidad o divorcio, el matrimonio genera un derecho expectante a una eventual pensión de viudedad que solo desaparece cuando el ex-cónyuge contrae nuevas nupcias. Este derecho a la pensión de viudedad se concibe como una especie de renta diferida cuyo título de adquisición es la contribución de los cónyuges, bien por toda la vida en común, bien mientras dura el matrimonio, a la ayuda y socorro mutuos y a la actuación "en interés de la familia" a que les obliga el estado de casados, artículos 67 y 68 del Código Civil EDL 1889/1 /STS de 26 de mayo de 2004, recurso 3103/2003 EDJ 2004/116307).

3.- Tal y como ha señalado la sentencia de esta Sala de 26 de mayo de 2004, recurso 3103/2003 EDJ 2004/116307 : "Cuando se devenga o materializa a la muerte del causante, el contenido del derecho expectante o en curso de adquisición del ex cónyuge divorciado (o del cónyuge separado) no equivale a la pensión de viudedad íntegra sino a una pensión proporcional al tiempo vivido con el ex cónyuge (o cónyuge separado) fallecido. La jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha aplicado este criterio de proporcionalidad tanto al supuesto de pensión asimilada de viudedad en favor de ex cónyuge divorciado que no concurre con otro beneficiario o beneficiaria de pensión de viudedad (STS ud 14-7-1999 EDJ 1999/22419 , 23-7-1999 EDJ 1999/33792 , 17-1-2000 EDJ 2000/2259 , 20-3-2000 EDJ 2000/3291 , entre otras) como al supuesto de concurrencia de pensión en favor del viudo o viuda propiamente dichos con pensión en favor de ex cónyuge divorciado (STS ud 21-3-1995 EDJ 1995/1347 , 10-4-1995 EDJ 1995/3147 , 26-4-1995 EDJ 1995/12185 , 10-11-1999 EDJ 1999/40529 , 27-1-2004 EDJ 2004/1231 , entre otras).

Este segundo supuesto de concurrencia de pensión de viudedad con pensión asimilada a viudedad da lugar a una distribución o reparto de la cuantía de la pensión de viudedad entre los dos (o más) pensionistas concurrentes, de acuerdo con determinadas reglas que se ha encargado de precisar la primera de las sentencias de unificación de doctrina citadas, de 21 de marzo de 1995 EDJ 1995/1347 , que fue dictada en Sala General. Por cierto, el reparto o distribución de la pensión de viudedad entre pensionistas concurrentes había sido ya previsto por el legislador para las situaciones particulares generadas por la Ley de reconocimiento del divorcio, respecto de las parejas de hecho o convivientes more uxorio que no pudieron contraer matrimonio "por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha" (normas 2^a y 3^a de la Disposición Adicional 10^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio EDL 1981/2897).

A la vista de los anteriores razonamientos parece forzoso concluir que a D^a María Teresa le correspondería la pensión de viudedad, en proporción al tiempo de duración del matrimonio, tal como ha establecido la sentencia recurrida.

CUARTO.- 1.-Ahora bien, ocurre, sin embargo, que el artículo 174.3 de la LGSS EDL 1994/16443 , vigente en el momento del hecho causante establece que: "Los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil EDL 1889/1 , sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto de que se contraiga nuevo matrimonio".

Por lo tanto, los derechos de pensión de viudedad del cónyuge divorciado o separado se extinguen o quedan sin efecto en los supuestos previstos en el artículo 101 del Código Civil EDL 1889/1 .

Dicho precepto, que regula el cese de la pensión que, de acuerdo con el artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 se puede fijar en la resolución judicial de separación o divorcio a favor del cónyuge separado o del ex-cónyuge divorciado, dispone la extinción de dicha pensión en tres supuestos:

- 1) El cese de la causa que lo motivó.
- 2) Contraer nuevo matrimonio.
- 3) Vivir maritalmente (el acreedor de la pensión) con otra persona.

2.- Como ha señalado la STS de 26 de mayo de 2004, recurso 3103/2003 EDJ 2004/116307 : "El mandato por remisión de extender a las posibles futuras pensiones sociales de viudedad, que son por hipótesis pensiones mortis causa, de los motivos de pérdida del derecho previstos para las eventuales pensiones civiles de divorcio o separación legal, que son por hipótesis pensiones inter vivos causadas en favor del ex-cónyuge divorciado (o del cónyuge separado), suscita ciertos problemas de ajuste, que han de resolverse con los instrumentos de la interpretación jurídica Uno de estos problemas, que no hace al caso que debemos resolver ahora, referente al primer supuesto de extinción de la pensión, consiste en que la pensión social de viudedad es en principio "vitalicia" (art. 174.1 LGSS EDL 1994/16443), por lo que no se encuentra para ella una situación homóloga a la que puede motivar "el cese de la causa" de la pensión "civil" en favor del ex-cónyuge divorciado o del cónyuge separado, pensión que es en principio temporal, en cuanto depende de que subsista el desequilibrio económico en relación con la posición matrimonial anterior que la ha originado".

Otros posibles problemas del mandato de remisión del artículo 174.3 LGSS EDL 1994/16443 son los que aluden a la extinción de la pensión por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. Este último supuesto es el que concurre en el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, por lo que, de aplicarse el precepto automáticamente, la Sala habría de resolver en forma contraria a como se apuntó en el fundamento de derecho anterior, es decir, negar el derecho a la codemandada D^a María Teresa a percibir pensión de viudedad.

QUINTO.- 1.- La cuestión ha sido examinada por la sentencia del Tribunal Constitucional 22/2010, de 27 de abril, dictada resolviendo cuestión de inconstitucionalidad 176/06 EDJ 2010/61697 , planteada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, mediante auto de 16-12-2005, dictado en el recurso 4481/03. La citada sentencia ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud ha declarado inconstitucional y nulo el artículo 174.3 de la LGSS EDL 1994/16443 , con el siguiente razonamiento:

"4. Como ya ha quedado señalado, y se aduce tanto en el Auto de planteamiento de la cuestión como en las alegaciones del Fiscal General del Estado, este Tribunal Constitucional declaró en su STC 125/2003, de 19 de junio EDJ 2003/30564 , la inconstitucionalidad de la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 julio EDL 1981/2897 , en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código civil EDL 1889/1 de "vivir maritalmente con otra persona".

La referida disposición adicional establecía lo siguiente: Con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las siguientes normas:

1^a A las prestaciones de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo que se establece en materia de pensiones en esta disposición adicional, tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio.

2^a Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que establece en el apartado siguiente.

3^a El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

4^a Los que se encuentren en situación legal de separación tendrán los mismos derechos pasivos respecto de sus ascendientes o descendientes que los que les corresponderían de estar disuelto su matrimonio.

5^a Los derechos derivados de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo 101 del Código Civil EDL 1889/1 " .

Como se observa, a salvo de pequeñas variaciones de orden sistemático, cuyas diferencias con el texto ahora analizado únicamente podrían afectar -reforzándola- a la interpretación ya efectuada del mismo, el precepto declarado inconstitucional por este Tribunal era idéntico, tanto en su contenido como en su finalidad, al ahora cuestionado, sin que, sin embargo, puedan alcanzar a éste los efectos de la inconstitucionalidad ya declarada, al tratarse de dos normas jurídicas diferentes. Resultará, por ello, oportuno reiterar brevemente los argumentos de aquella Sentencia para obtener, en ésta, idéntica conclusión.

Decíamos en el fundamento jurídico 6 de la STC 125/2003, de 19 de junio EDJ 2003/30564 , lo siguiente: "Es evidente que la regulación antes descrita conduce, como hemos dicho, a la aplicación de normativas distintas para regular un mismo tipo de pensiones: la Ley General de Seguridad Social de 1974 para los viudos stricto sensu convivientes con el causante en el momento de la muerte de éste (independientemente de que lo sean de un causante que hubiera contraído un único matrimonio con dicho viudo, o que hubiere contraído matrimonios anteriores extinguidos por divorcio), y la Ley 30/1981 EDL 1981/2897 para los cónyuges del causante cuyos matrimonios se hubieran extinguido por divorcio así como los legalmente separados de aquél.

Y es evidente también que la diferencia entre los regímenes citados conduce a que una misma situación de hecho (la convivencia more uxorio del titular de la pensión de viudedad), en la que pueden encontrarse los diferentes beneficiarios, opera como causa extintiva de la pensión en unos casos (en los del cónyuge separado y en los de cónyuges divorciados) y no en otros (en los de viudos no separados, lo sean de un matrimonio único del causante, y por tanto sin concurrencia en el disfrute de la pensión con otros beneficiadores, o lo sean de un matrimonio del causante al que precedieron otros extinguidos por divorcio).

La constatación de un panorama de desigualdad resulta evidente. Una vez que a todos los cónyuges sin distinción se les otorga el derecho a la pensión de viudedad, la pensión de viudedad queda concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges supervivientes, por lo que es evidente que no puede considerarse constitucionalmente admisible que la concreta causa de extinción de la pensión por convivencia more uxorio pueda aplicarse en unos casos y no en otros. Como pone de relieve el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, si la convivencia more uxorio con una persona con la que no existe vínculo conyugal es perfectamente lícita en el marco de nuestro ordenamiento legal, de este hecho lícito no puede deducirse la privación de una pensión de viudedad, cuando tal medida no guarda relación alguna con la finalidad que persigue la ley al acordar su establecimiento, máxime cuando sólo en los casos concretos de cónyuges con matrimonio anulado, divorciados o separados opera esta circunstancia como causa legal de extinción de la pensión, sin que exista justificación razonable que explique ese diferente trato legal con respecto al cónyuge viudo.

A lo anterior debe añadirse que la diferencia de trato que se introduce por la norma cuestionada entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por un vínculo conyugal no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que corresponde a causas totalmente ajenas, que no son otras sino el distinto estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la misma, factor éste de diferenciación que, al margen de no reunir la cualidad de elemento razonable y constitucionalmente exigible para descartar la discriminación ante supuestos de hecho que reciben diferente trato legal, conlleva, en última instancia, una directa vulneración del art. 14 CE EDL 1978/3879 , y en particular de la prohibición de discriminación en función de 'cualquier otra condición o circunstancia personal o social' a la que aquel precepto se refiere.

Como señalara la STC 177/1993, de 31 de mayo, FJ 2 EDJ 1993/5185 , 'el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados'. De este modo, dada la unidad de la pensión, en los supuestos examinados la diferenciación legal, al establecer dos sistemas de extinción distintos, incurre en una discriminación prohibida por el art. 14 CE EDL 1978/3879 , careciendo de la objetividad, suficiencia y razonabilidad requerida por nuestra doctrina."

Con idéntico fundamento y remitiéndonos íntegramente a la fundamentación jurídica de la indicada Sentencia, debemos por tanto declarar ahora igualmente la inconstitucionalidad del art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 , en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio EDL 1994/16443 , en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código civil EDL 1889/1 de "vivir maritalmente con otra persona", por vulnerar el art. 14 CE. EDL 1978/3879 ".

SEXTO.- 1.- Los razonamientos precedentes conllevan, de acuerdo con el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso formulado, sin que proceda pronunciamiento sobre costas (artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689).

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Fernando Luján de Frías, en nombre y representación de D^a Josefa, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 10 de marzo de 2005, en el recurso de suplicación número 624/2005, interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y D^a María Teresa contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de los de Madrid el 28 de septiembre de 2004, en autos núm. 734/2004, seguidos a instancia de D^a Josefa contra D^a María Teresa, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre pensión de viudedad. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, 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. Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Gonzalo Moliner Tamborero.- Jordi Agustí Julia.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agustí Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079140012010100462