

**Resumen**

*El TSJ desestima el recurso de suplicación presentado por la demandante frente a sentencia que rechazó su reclamación de pensión de viudedad por la muerte del que fue su marido. La Sala señala que el acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas queda condicionado a la extinción, por el fallecimiento del causante, de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 CC y, en este caso, se renunció expresamente a tal pensión; la disp. final 3ª,14 Ley 40/2007 introdujo una nueva disp. trans. 18ª en la LGSS, regulando una norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 enero 2008 y, en ella, se permiten algunos casos de percepción de pensión de viudedad del cónyuge divorciado o separado judicialmente aunque no hubiese sido acreedor de la citada pensión compensatoria; pero la publicación y entrada en vigor de esta modificación se producen, no sólo ya presentada la demanda y celebrado el juicio, sino incluso dictada la sentencia y estando ya pendiente de deliberación y señalamiento la resolución del recurso de suplicación, por tanto, se ha de confirmar la sentencia. Formula Voto Particular el Ilmo. Magistrado D. Juan Carlos Benito Butrón Ochoa.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

Ley 40/2007 de 4 diciembre 2007. Medidas en materia de Seguridad Social art.97 , art.101 , dfi.3 , edm.un

RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social art.174.2 , dtr.18

RD de 24 julio 1889. Código Civil art.3.1

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	6
VOTO PARTICULAR .....	6

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

RECURSO DE SUPPLICACIÓN

RESOLUCIONES RECURRIBLES

Sentencias siempre recurribles

Prestaciones de desempleo y de Seguridad Social

SEGURIDAD SOCIAL

MUERTE Y SUPERVIVENCIA

Viudedad

Efectos del divorcio

Derecho a la prestación

Existencia de doble beneficiario

**FICHA TÉCNICA**

Favorable a: INSS, Tesorería General de la Seguridad Social; Desfavorable a: Beneficiario de prestación

Procedimiento: Suplicación; seguridad social

**Legislación**

Aplica art.97, art.101, dfi.3, edm.un de Ley 40/2007 de 4 diciembre 2007. Medidas en materia de Seguridad Social

Aplica art.174.2, dtr.18 de RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social

Aplica art.3.1 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita RD 2005/2009 de 23 diciembre 2009

Cita Ley 40/2007 de 4 diciembre 2007. Medidas en materia de Seguridad Social

Cita RD 1795/2003 de 26 diciembre 2003. Mejora de las pensiones de viudedad

Cita art.205, art.207, art.212, art.222, art.400, art.413, art.777 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil

LEC

Cita 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 art.260 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial  
Cita art.2, art.9, art.14, art.24, art.39 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Cita art.2 de D 3158/1966 de 23 diciembre 1966. Reglamento General de Prestaciones Económicas de la Seguridad Social  
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 STSJ País Vasco Sala de lo Social de 9 julio 2009 (J2009/286796)  
Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio  
- Derecho a la prestación STSJ Cataluña Sala de lo Social de 16 junio 2009 (J2009/199780)  
Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio  
- Derecho a la prestación STSJ Navarra Sala de lo Social de 3 julio 2009 (J2009/196463)  
Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio  
- Derecho a la prestación STSJ Navarra Sala de lo Social de 29 junio 2009 (J2009/196457)  
Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio  
- Derecho a la prestación STSJ País Vasco Sala de lo Social de 26 mayo 2009 (J2009/182731)  
Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio  
- Derecho a la prestación STSJ Madrid Sala de lo Social de 13 julio 2009 (J2009/181089)  
Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio  
- Derecho a la prestación STSJ Madrid Sala de lo Social de 15 julio 2009 (J2009/181075)  
Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio  
- Derecho a la prestación STSJ Aragón Sala de lo Social de 7 julio 2009 (J2009/170495)  
Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio  
- Derecho a la prestación STSJ Aragón Sala de lo Social de 6 julio 2009 (J2009/170489)  
Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio  
- Derecho a la prestación STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Social de 17 julio 2009 (J2009/170187)  
Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - MUERTE Y SUPERVIVENCIA - Viudedad - Efectos del divorcio  
- Derecho a la prestación STSJ País Vasco Sala de lo Social de 24 marzo 2009 (J2009/149118)  
Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE SUPPLICACIÓN - RESOLUCIONES RECURRIBLES - Sentencias siempre recurribles - Prestaciones de desempleo y de Seguridad Social STS Sala 4ª de 30 junio 2008 (J2008/155925)  
Cita en el mismo sentido STC Pleno de 21 julio 2005 (J2005/130778)  
Cita en el mismo sentido STC Pleno de 22 diciembre 2004 (J2004/196997)  
Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE SUPPLICACIÓN - RESOLUCIONES RECURRIBLES - Sentencias siempre recurribles - Prestaciones de desempleo y de Seguridad Social STC Pleno de 30 octubre 2003 (J2003/136196)  
Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE SUPPLICACIÓN - RESOLUCIONES RECURRIBLES - Sentencias siempre recurribles - Prestaciones de desempleo y de Seguridad Social STS Sala 4ª de 12 noviembre 1994 (J1994/8987)  
Cita en el mismo sentido STC Pleno de 5 abril 1990 (J1990/3840)  
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 23 febrero 1988 (J1988/343)  
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 12 noviembre 1984 (J1984/103)  
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 7 noviembre 1983 (J1983/90)

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

1º.- La actora Dª Adolfinia, contrajo matrimonio con D. Ezequiel en fecha 8-6-1974.

2º.- La Sra. Adolfinia formuló demanda de divorcio contencioso con fecha 24-10-05, si bien se adecuó a las reglas de lo dispuesto en el art. 777 LEC EDL 2000/77463 aportándose Convenio Regulador y siendo aprobado por sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Baracaldo de fecha 6 de marzo 2.006. En dicho convenio regulador se dispone la renuncia expresa y de manera recíproca a recibir o entregar cualquier cantidad en concepto de pensión compensatoria.

3º.- D. Ezequiel, contrajo nuevo matrimonio con fecha 25 de mayo del 2.006 con Dª Fátima

4º.- D. Ezequiel falleció con fecha 2 de marzo del 2.008.

5º.- La base reguladora de la pensión de viudedad asciende a la suma de 673,78 euros y la correspondería el 60% del 52%.

6º.- La demandante interesó pensión de viudedad con fecha 13 de marzo 2.008. Siéndola denegada por resolución de fecha 17 de marzo del 2.008. Interpuesta reclamación previa la misma fue desestimada.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimando la demanda formulada por D<sup>a</sup> Adolfinia frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Fátima debo absolver y absuelvo a los demandados de cuanto en la misma se reclama, confirmando lo resuelto en vía administrativa."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

CUARTO.- El 7 de octubre del 2009 se recibieron las actuaciones en esta Sala, deliberándose el recurso el 19 de enero, interviniendo el Magistrado D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR en vez del Sr. D. EMILIO PALOMO BALDA, por la nueva composición de las secciones de esta Sala que rige desde el 18 de enero del año en curso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D<sup>a</sup> Adolfinia formula recurso de suplicación contra la sentencia que ha desestimado la demanda que planteó contra D<sup>a</sup> Fátima, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, en reclamación de pensión de viudedad en el régimen general por consecuencia de la muerte del que fue D. Ezequiel.

Recordar que la demandante estaba divorciada del difunto, que contrajo segundas nupcias con D<sup>a</sup> Fátima y que en el correspondiente convenio regulador aprobado judicialmente constaba la renuncia expresa y recíproca a recibir o entregar cualquier cantidad en concepto de pensión compensatoria.

En la sentencia recurrida se desestima la demanda en base a una exégesis del artículo 174 punto 2 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 que se considera realiza conforme al canon literal, sistemático e históricos, con cita del artículo 3 punto 1 del Código Civil EDL 1889/1, considerándose que tal interpretación no contraría ni el artículo 9, ni el 14 de la Constitución EDL 1978/3879 de 27 de diciembre de 1.978.

Dicha recurrente manifiesta su discrepancia con tal pronunciamiento en el escrito de formalización del recurso, en el que termina por pedir que se revoque el mismo y se desestime aquella demanda, absolviendo a la demandada y confirmando lo resuelto en vía administrativa.

Al efecto se plantean dos motivos de impugnación, formalmente enfocados por la vía prevista en el apartado c y en el apartado b del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1.995, de 7 de abril EDL 1995/13689). En el primero se aduce la infracción del artículo 174 punto 2 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 (en la redacción dada al mismo por la Ley 40/2.007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social EDL 2007/211483), citándose también los artículos 9, 14 y 39 de la Constitución EDL 1978/3879. En el segundo, se pretende modificar el quinto hecho probado, considerando que a la actora le correspondería el 60 por ciento del setenta por ciento de la base reguladora allí fijada, señalándose que su principal o única fuente de ingresos es la renta básica de inserción, como acredita, citando el artículo 31 punto 2 del Decreto 3.158/1.966, de 23 de diciembre EDL 1966/233, en la redacción dada por el Real Decreto 1.795/2.003, de 23 de diciembre EDL 2003/157019.

Por su parte, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y D<sup>a</sup> Fátima han presentado un escrito de impugnación del recurso en el que se oponen a tales motivos y terminan por pedir que se desestime el recurso y se confirme la sentencia recurrida.

En el recurso sólo se discute el tema de fondo, a saber: si era o no necesario el requisito de haberse fijado pensión compensatoria a favor del otro excónyuge, dadas las previsiones del actual artículo 174 punto 2 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 vigente.

SEGUNDO.- Por la recurrente se entiende que la preceptiva vigente en la materia desde 2.008 establece un sistema general de percepción de pensión de viudedad en los casos de separación, divorcio o nulidad que la incompatibiliza si se cobra también pensión compensatoria sólo en el caso de que ésta subsiste al tiempo del fallecimiento del causante, pero que la norma no impone como requisito constituyente de la pensión el que haya derecho a tal pensión compensatoria.

De esta manera considera no es un requisito esencial o necesario que determine la generación de la pensión la concurrencia de una pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1, ya que sólo se exige que cuando se ésta existió en vida del causante, debe haberse extinguido con su muerte, pero que, sino no se tenía tal derecho, como ya no existía tampoco antes de tal muerte (no existiendo tampoco a su muerte) se tiene derecho a la pensión.

Ya resalta el Juez autor de la sentencia recurrida que no fue ésta la finalidad de la modificación que estableció la Ley 40/2007 de 4 de diciembre EDL 2007/211483, pues con base a lo señalado en el Acuerdo sobre medidas en materias de Seguridad Social de 13 de julio de 2.006, se intentó fijar de futuro una pensión de subsistencia. Por ello y para casos como el presente - en los que no mediaba constante el matrimonio- se impuso la preexistencia de tal pensión compensatoria.

Y es que si reparamos en los antecedentes históricos y legislativos de la reforma, hemos de recordar que es el propio preámbulo de la Ley 40/2007 EDL 2007/211483 el que señala que la finalidad en la materia que nos ocupa de la norma "viene constituida por la necesidad de dar el adecuado soporte normativo a buena parte de los compromisos relativos a acción protectora incluidos en el referido Acuerdo, y que afectan, sustancialmente, a incapacidad temporal, incapacidad permanente, jubilación y supervivencia".

Pues bien, en concreto, en el epígrafe III, punto 3 del citado Acuerdo de referencia - Acuerdo Marco sobre Medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa - se acordó literalmente la adopción de la siguiente medida: "a) La pensión de viudedad debe recuperar su carácter de

renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en la que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes: (.como las) personas divorciadas perceptores de pensiones previstas en el Código Civil EDL 1889/1 ".

El indicado Acuerdo de julio de 2006, al tratar de las prestaciones contributivas, de manera específica cuando alude a la viudedad señala en su apartado a) que la pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes: matrimonio; parejas de hecho, siempre que tuviesen hijos en común con derecho a pensión de orfandad y/o existiese dependencia económica del sobreviviente respecto del causante de la pensión; o personas divorciadas receptoras de las pensiones previstas en el Código Civil EDL 1889/1 .

Si acudimos a averiguar el objetivo de la reforma del año 2.008, este mismo designio se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley 40/2007 EDL 2007/211483 , al señalar que "El acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas queda condicionado a la extinción por el fallecimiento del causante de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 ".

Por tanto, vemos que la finalidad de aquellos acuerdos previos concuerda con la interpretación del Magistrado y así mismo la Exposición de Motivos de la Ley 40/2007 EDL 2007/211483 indica que el acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas queda condicionado a la extinción por el fallecimiento del causante de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 .

La conjunción de ambos elementos interpretativos nos lleva a aseverar que en la "mens legislatoris" estaba que en estos casos la pensión de viudedad se pretende constreñir de futuro a atender situaciones de necesidad, dándole una función exclusivamente compensatoria de la pérdida de rentas que supone la muerte del causante de la misma. En estos casos, se pretende compensar la extinción de la pensión compensatoria por la muerte del causante con la nueva pensión de viudedad.

Incluso olvidando los criterios histórico y finalístico para pasar al canon gramatical o literal, llegamos a similar conclusión.

En efecto, desde la perspectiva de su literalidad, los términos del precepto son nítidos, precisos y categóricos, y no dejan lugar a duda sobre su contenido, alcance y significado.

La norma semánticamente dice que se supedita el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a la doble condición de que el superviviente sea acreedor de la pensión compensatoria regulada en el artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 , y de que ésta se extinga por la muerte del deudor.

De hecho, tal claridad literal haría innecesario acudir a otros criterios hermenéuticos de carácter complementario que proporciona el artículo 3.1 del Código Civil EDL 1889/1 .

Por otra parte, se ha de recordar que la norma habla de pensión compensatoria y esta pensión compensatoria a la que alude la norma interpretada es diversa de aquella renta que haya podido establecerse para las cargas familiares, que atienden el régimen económico de atención a los hijos o cargas comunes. La compensatoria del artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 no tiene tal finalidad, sino paliar los perjuicios irrogados por la separación o el divorcio con respecto al previo "status" del cónyuge separado o divorciado y no se extingue solamente por el hecho de la muerte del primariamente obligado al pago (artículo 101 del Código Civil EDL 1889/1 ) y la exigencia adicional de que la pensión compensatoria se extinga por el óbito del causante que se prevé en la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 .

Entrando a los argumentos constitucionales de la recurrente, como indicó la sentencia del Tribunal Constitucional 197/03, de 30 de octubre EDJ 2003/136196 , la Seguridad Social es una función estatal que tiene por objeto remediar las situaciones de necesidad, pero todas, sino cuando tales son apreciadas y determinadas legalmente y dentro del contexto general en que se producen, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales que se fijan normativamente. Por ello, es posible que se aprecie una menor importancia respecto a unas necesidades a satisfacer, frente a otras de mayor relevancia en concreto momento, fijándose un nivel de protección de todos los ciudadanos en base a tales preferencias entre necesidades y teniendo en cuenta las posibilidades económicas de gasto y si bien desde una perspectiva social sería deseable que se atendiera el mayor número posible de situaciones de necesidad y que las prestaciones tuviesen vocación general y universal, desde la proyección normativa no constituye dicho paradigma un imperativo jurídico, sino un "desiderátum", como se ha dicho.

El sistema de Seguridad Social (cuando menos el contributivo, que es del que tratamos) tiene siempre por base el equilibrio entre la cotización y la prestación. En base a ellos, se disciplinan la posibilidad de tratos diferentes para situaciones distintas. A tal binomio o a la perspectiva triangular del salario-cotización-prestación ya aludía la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1.994, recurso 1.996/93 EDJ 1994/8987 .

De ahí que constitucionalmente sea posible la fijación de un régimen asistencial de situaciones dispares, así como que se admitan cambios normativos en esta materia de Seguridad Social sin obligatoria eficacia retroactiva (por ejemplo, auto 306/2.008, del Pleno del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 2.008 EDJ 2008/155925 ).

Con ello no se quiebra el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución EDL 1978/3879 , pues son atendidas circunstancias también distintas. Ello porque conforme a criterios reiterados del Tribunal Constitucional (por todas, sentencias 253/2.004, de 22 de diciembre EDJ 2004/196997 y 213/2.005, de 21 de julio EDJ 2005/130778 ), es posible la diferenciación entre distintos supuestos dentro de la situación protegida para generar pensiones de Seguridad Social. Por tanto y por traspolación de tal criterio, en cuanto a quienes tuvieron anteriormente la condición de cónyuges, es admisible la restricción negatoria de la pensión reclamada en aquellos casos en que no se da un supuesto de necesidad extrema por la muerte del causante, pues no olvidemos que al tiempo en que se produce el hecho causante no existe vínculo matrimonial, ni relación establecida en la cual pueda presumirse una situación de dependencia económica o una atención de destino de cotizaciones plasmadas en la causación de una prestación. Por tanto no hay quiebra

del derecho a la igualdad, pues las situaciones y circunstancias coyunturales generadas son distintas respecto a quien es cónyuge o pareja de hecho del causante, de quien extinguió su vinculación, y ya no mantiene dependencia económica.

Tampoco se quiebra el principio de seguridad jurídica por razón de la entrada en vigor de la norma, pues será a partir de los nuevos hechos causantes que se generen desde donde deba percibirse la concurrencia de los requisitos, ya que la pensión se genera por el fallecimiento del causante, y a partir de entonces se examinan los requisitos concurrentes, actualizándose el riesgo entonces y no antes, sin posibilidad de determinar o diferenciar situaciones generadas a través de separaciones o divorcio previas y posteriores a la entrada en vigor de la norma que reforma la viudedad, pues tal Ley 40/2007 de 4 de diciembre EDL 2007/211483 no lo autoriza, ni cabe entender generado, por razón de la previa normativa, un derecho perfecto y reclamable.

Por tanto, la aplicación de la actual redacción del precepto a personas separadas judicialmente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007 EDL 2007/211483, no quebranta tampoco el aludido principio de seguridad jurídica plasmado en el artículo 9.3 de la Constitución EDL 1978/3879, entendida su vulneración como incertidumbre o inseguridad ante lo que se afirma previamente como derecho consolidado o adquirido (sentencia 66/1990, de 5 de abril del Tribunal Constitucional EDJ 1990/3840), pues el momento que marca la normativa aplicable en orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social es aquél en que se produce el hecho causante, en el que han de concurrir los requisitos de acceso, es decir, la muerte de la persona sobre la que se genere el derecho.

Coherentemente con ello, el apartado primero de la disposición final tercera de la Ley 40/2007 EDL 2007/211483, prescribe que las modificaciones en el régimen jurídico de las prestaciones que introduce, serán de aplicación únicamente en relación con los hechos causantes producidos a partir de la entrada en vigor de la misma, salvo en los supuestos que establece, entre los que no figura el objeto de este pleito.

La desigualdad de trato entre diversas situaciones derivada únicamente de un cambio normativo, y producida tan sólo por la diferencia de las fechas en que cada una de ellas tuvo lugar, no encierra discriminación alguna, y no es contraria al principio de igualdad ante la Ley, como proclama el Tribunal Constitucional entre otras, en sus sentencias 90/1.983, de 2 de marzo EDJ 1983/90, 103/1.984, de 12 de noviembre EDJ 1984/103 y 27/1.988, de 13 de enero EDJ 1988/343). En la 90/1983 se señala cómo las sucesivas alteraciones de los preceptos rectores de las prestaciones de la Seguridad Social, de signo progresivamente favorable a los beneficiarios, ha obligado permanentemente a la fijación de determinadas fechas como límite temporal que posibilite o no ese tipo de nuevas y más favorables percepciones". En definitiva, que las diferencias de situaciones entre los beneficiarios de pensiones, a quienes la Administración les reconoce los nuevos derechos, con aquellos otros a quienes no se extiende, no implica desigualdad en el trato, sino regulación de situaciones actuales en virtud de la diferencia temporal de los hechos que las produjeron.

Por último, tampoco cabe considerar contradictoria tal normativa con los artículos 39 y 41 del Texto Constitucional, pues para generar una prestación es necesario que concurren los supuestos o riesgos protegidos por la Ley y ello con independencia de que las cotizaciones que se hayan causado sean solidarias respecto al sistema general, o individualmente en orden a los beneficiarios de las mismas, pero en modo alguno se distorsiona este sistema por no generarse pensiones pese a previa cotización, como ocurre con muchas situaciones o casos.

Similar criterio al sostenido en esta resolución se contiene en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 15 y 13 de julio de 2.009, recursos 2.101/09 EDJ 2009/181075 y 1.992/09 EDJ 2009/181089, Aragón, de fecha 7 y 6 de julio de 2.009, recursos 508/09 EDJ 2009/170495 y 482/09 EDJ 2009/170489, de Castilla-León, sede de Valladolid, de 17 de julio de 2.009, recurso 1.093/09 EDJ 2009/170187, de Navarra, de 3 de julio y 29 de junio de 2.009, recursos 188/09 EDJ 2009/196463 y 164/09 EDJ 2009/196457, de Cataluña de fecha 16 y 8 de junio de 2.009, recursos 783/09 EDJ 2009/199780 y 3.186/08.

Tal también es el sentido de previas sentencias de esta Sala, que actúan como precedente de la presente. En tal sentido, cabe citar las de fecha 6 de octubre, 29 de septiembre, 9 de julio, 26 de mayo y 24 de marzo de 2.009, recursos 1.358/09, 1.640/09, 1.083/09 EDJ 2009/286796, 649/09 EDJ 2009/182731 y 3.186/08 EDJ 2009/149118.

Por estas razones, desestimamos el recurso, lo que a su vez hace ocioso el estudio del segundo motivo de impugnación, planteado para el caso de que se estime el primero.

**TERCERO.-** Señalar que éste ha sido el criterio de la Sala hasta la entrada en vigor de la Ley 26/2.009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2.010 y éste es el que también se mantiene en este caso.

La misma (disposición final tercera número catorce) introduce una nueva disposición transitoria decimotercera al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 vigente, regulando una norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2.008 y en ella ciertamente se permiten algunos casos de percepción de pensión de viudedad del cónyuge divorciado o separado judicialmente, aunque no hubiese sido acreedor de la citada pensión compensatoria.

Por tanto, si que en los específicos supuestos allí previstos si que procedería la prestación aún y no haber mediado previamente una pensión compensatoria. Pero su publicación y entrada en vigor se producen no sólo ya presentada la demanda o celebrado el juicio, sino incluso dictada la sentencia por el Juzgado y estando ya pendiente de deliberación y señalamiento la resolución del recurso de suplicación formulado contra aquella sentencia.

Lógicamente, por propia razón de tiempo, tampoco se pudo alegar por las partes tal normativa, ni probar debidamente la concurrencia o no de los presupuestos fácticos que condicionan la aplicación de aquel precepto.

De otro lado, no se refiere de forma indiscriminada tal norma a todo tipo de supuesto, sino a concretos casos, imponiendo diversas condiciones fácticas para su aplicación, que han de constar debidamente para que se aplique tal normativa transitoria.

Por tanto, considerado el tenor de los artículos 413, 222 y concordantes de la Ley 1/ 2.000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil e incluso el artículo 24 punto 2 de la Constitución EDL 1978/3879 de 27 de diciembre de 1.978, por lo que hace al derecho a ser oído y a probar lo procedente para la defensa del propio derecho, la Sala considera que esta norma, sobrevenida en su publicación y aplicación ya cuando los autos estaban pendientes de deliberación y fallo en recurso de suplicación, no cabe que sea aplicada de oficio y directamente por el Tribunal, pues tampoco se ha podido alegar y probar por las partes acerca de la concurrencia de los requisitos previstos en tal disposición, lo que en sí mismo tampoco tiene porqué resultar pacífico o indiscutido entre partes.

En esta circunstancia, expresamente señalamos que no decidimos sobre la aplicación de tal norma al caso de autos, pudiendo la parte acudir al correspondiente expediente administrativo ante la entidad gestora, si entiende que su caso es de los previstos en tal normativa, a los efectos de que se dicte la oportuna resolución de la entidad gestora, tras el correspondiente expediente administrativo y en caso de disconformidad con tal decisión, se plantee lo relativo a la aplicabilidad de esta recién publicada preceptiva nuevamente y ante la jurisdicción.

CUARTO.- Dado que la recurrente goza del derecho a litigar gratuitamente en esta jurisdicción, no procede pronunciamiento sobre las costas del recurso (artículo 233 punto 1 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 en relación con el artículo 2 letra b de la Ley 1/1.996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita).

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado en nombre y representación de D<sup>a</sup> Adolfinia contra la sentencia de fecha cuatro de diciembre de dos mil ocho, dictada por el Juzgado de lo Social número 10 de los de Bilbao en el proceso 479/08, en el que también han sido partes D<sup>a</sup> Fátima, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social. En su consecuencia, confirmamos la misma.

Cada parte deberá abonar las costas de este recurso que hayan sido causadas a su instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## VOTO PARTICULAR

que emite el ILMO. MAGISTRADO D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA en la Sentencia que dicta esta Sala en el recurso 2611/2009 en uso de las facultades que establece la legislación vigente (art. 260 de la LOPJ EDL 1985/8754 en relación al art.205 de la LEC EDL 2000/77463 y concordantes) que trae causa en las siguientes fundamentaciones jurídicas,

PRIMERO.- El presente voto particular, realizado como siempre desde el profundo respeto a la argumentación mayoritaria, parte de un específico desacuerdo respecto de la aplicación judicial de la vigente reforma habida por Ley General de Presupuestos del Estado 26/09 de 23 de diciembre (BOE del 24), que en su concreta Disposición Final 3<sup>a</sup>.14 incorpora una nueva Disposición Transitoria decimotercera a la Ley General de Seguridad Social, que viene a intitularse "Norma Transitoria sobre Pensión de Viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero del 2008".

Y es que la sentencia mayoritaria, en el fundamento jurídico tercero, a pesar de tener conocimiento y noticia de la reforma habida, que a la sazón permite supuestos específicos y excepcionales de acceso a la prestación de muerte y supervivencia, sin haber sido acreedor de la pensión compensatoria, alimenticia y civil, entiende que tal normativa y fundamentación jurídica no puede ser de aplicación puesto que su publicación y entrada en vigor se ha producido ya presentada la demanda, celebrado el juicio y en pendencia de recurso de suplicación, donde las partes no han alegado ni probado la concurrencia de los presupuestos fácticos condicionantes, y entendiendo que a tenor de los arts. 413, 222 y concordantes de la LEC EDL 2000/77463 y el 24 de la Constitución EDL 1978/3879 , impiden su aplicación de oficio directamente por el Tribunal en relación a los derechos de las contrapartes. Por y para ello, se contiene la invitación a la parte para que acuda nuevamente a la vía administrativa y en su caso a la judicial.

Sin embargo, el criterio de este firmante no concuerda con ese parecer también fundado en derecho. Y es que esta inesperada y última reforma de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 , con retoque del art. 174.2 de la LGSS EDL 1994/16443 e incorporación de esa nueva disposición transitoria décimotercera, supone un nuevo capítulo al desenlace prestacional de la pensión de viudedad que aparentemente parte de la buena intención de desatender criterios desacertados previos que han ocasionado la aplicación práctica de la Ley 40/07 EDL 2007/211483 , provocan no solo dudas interpretativas, sino agravios específicos. Piénsese que el legislador viene a utilizar los recovecos de la Ley de Presupuestos para, sin sonrojo alguno, cambiar los requisitos y dictados de la prestación de viudedad, estableciendo excepcional y transitoriamente una inexigencia de devengo de pensión compensatoria (y su extinción), siempre de una manera parcial, acotada en el tiempo y con específicos requisitos que detallaremos.

Dando por reproducida la literalidad de la regulación que considera este Magistrado excepcionalmente buscada, y en comparativa específica de lo que fue el caballo de batalla de la Ley 40/07 EDL 2007/211483 , hace que, para estos supuestos transitorios y creemos que retroactivamente, el derecho a la pensión de viudedad, de matrimonios en crisis, no quede condicionado a ser acreedor de la pensión compensatoria civil, siempre que entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y el fallecimiento del causante haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a 10 años, siendo el vínculo matrimonial de duración al menos también de 10 años (límite de condicionamiento de eventos entre 10 y 20 años), debiendo concurrir además, en el beneficiario, la existencia de hijos comunes o edad superior

a 50 años. Da la impresión que el legislador ha caído en la cuenta de que habrán existido posibles beneficiarios, que han sucumbido a la prueba del derecho, y han visto denegada su pensión de viudedad esperada, sin previa preparación para el evento modificador que supuso la Ley 40/07 EDL 2007/211483 y sin que en aquel momento hubiese previsto situaciones transitorias que ahora se quieren vislumbrar de manera específica y sesgada. Tal es así, que, con mayor precisión, la propia disposición transitoria decimooctava avisa que la cuantía de la pensión para estos transitorios afortunados, se hará en la normativa vigente con anterioridad a la Ley 40/07 EDL 2007/211483, es decir en proporción al tiempo convivido (por ello no con los límites mínimos que impone la Ley 40/07 EDL 2007/211483 que otorga para el superviviente matrimonial o de hecho, con derecho, al menos al 40%). Finalmente, como la disposición prevé su aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero del 2008 y el 31 de diciembre del 2009, siéndoles igualmente de aplicación lo dispuesto en el art. 174.2 de esa misma Ley (también reformado), cuestión esta más que dudosa, la razón judicial mayoritaria dada para su inaplicabilidad al supuesto de hecho deviene innecesaria e inexistente.

Y es que parte este Magistrado del principio iura novit curia y de la libertad en el planteamiento de los dictados y fundamentos jurídicos en la decisión judicial que expone la contestación en el ámbito procesalista impugnatorio ("da mihi factum et dabo tibi ius"), pudiendo dar satisfacción en aplicación de la legislación vigente, cuando ésta prevé su retroactividad y en el dictado de su transitoriedad deviene aplicable al supuesto de hecho que se constata.

Cree este Magistrado que la disculpa procesalista, ritual y formal, de encontrarnos en la vía extraordinaria de suplicación, sin haber dado oportunidad a las partes de alegar, comentar y probar, respecto de esta normativa, no debe impedir que si el relato fáctico y el expediente administrativo y/o judicial nos demuestran la concurrencia de los presupuestos fácticos y jurídicos, que condicionan la aplicación de los nuevos preceptos de aplicación transitoria y retroactiva, éstos deban dar cabida a la solución judicial que pretende resolver el conflicto.

Es más, tanto la tutela judicial efectiva (art. 24 CE EDL 1978/3879), como la figura propia de la cosa juzgada (Arts. 212, 400 y 413 LEC EDL 2000/77463), no deben impedir la satisfacción judicial y la resolución con normativa imperante, pues tanto supone de desconocimiento y aplicación del art. 24 de la Constitución EDL 1978/3879 el reenvío administrativo y judicial posterior, con la no resolución al caso de la normativa vigente, como el hipotético impedimento de ser oído y dar satisfacción probatoria a cualesquiera de las partes litigantes. Tampoco cree este Magistrado que la figura de la cosa juzgada, que dota de eficacia tuteladora pronunciamientos firmes dictados en procesos previos, pueda ser la llave para no vincularse y aplicar la normativa ya vigente. Muy al contrario, si nuestra doctrina jurisprudencial, ciertamente es desestimatoria, siguiendo la naturaleza estrictamente procesal de la cosa juzgada, provocaríamos la inmutabilidad de la decisión a los efectos consecuentes de cualquier otra reiteración en tiempo posterior de tal reclamación, donde la nueva aplicación en la nueva normativa dejaría lugar a interpretaciones que se sonsacan de la aplicación de los arts. 207, 222 y 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, en lo que se refiere al objeto de la pretensión que alcanza al fundamento de la misma, pues se recordará que se consideran hechos nuevos y distintos (222.2) en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, las posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formulen. Y como el art. 400 de forma más clara y completa prevé que cuando lo que se pida pueda fundarse en diferentes hechos, distintos fundamentos o títulos jurídicos, no será admisible reservar su alegación para un posterior proceso. De ahí que si los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se consideran los mismos que los alegados en otro juicio anterior, si hubieran podido alegarse, el efecto de la cosa juzgada, cubriría tanto lo deducido como lo deducible en el primer proceso.

De ahí que se preconice, para salvar cualquier tipo de duda judicial y administrativa a los efectos de cosa juzgada, que particularmente consideramos inaplicable, permitiendo la respuesta jurídica y judicial de la normativa ya vigente.

Y es que si el legislador ha querido corregir o matizar desmanes que la realidad criticada han puesto de relieve, nuestra contestación no ha de hacerse esperar, por mucho que en un futuro la propia administración reponga siquiera parcialmente los derechos discutidos.

Como quiera que esta reforma transitoria, retroactiva y excepcional, no tiene al día de hoy un desarrollo explicativo, instructivo y esmerado, ni tampoco contiene en su propia redacción los efectos económicos y prácticos de su dictado aplicativo y retroactivo (y no desconociendo que en lo que acontece al sistema de clases pasivas, en el Ministerio de Economía, el RD 2005/09 sobre revalorización y complementos ha establecido nuevas reglas en relación con lo que denominan nuevas condiciones establecidas para la pensión de viudedad en supuestos de divorcio EDL 2009/282993, separación judicial que para clases pasivas, se insiste, supone el retoque no solo de una nueva Disposición transitoria decimosegunda, sino también del art. 38.2 del RD legislativo 670/87 de 30 de abril, tras la redacción dada por esa Disposición final décima también de la Ley General de Presupuestos del Estado 26/90, desarrollando específicamente la previsión en el RD 2005/09, Disposición transitoria única EDL 2009/282993, no coincidente del todo con la habida para nuestro sistema de Seguridad Social aquí estudiado, la especificación de petición única y exclusiva a instancia de parte y con efectos económicos desde su vigencia, aparentaría una extralimitación ultra vires, de lo que es la reforma principal y legal, que no puede hacerse reglamentariamente). Por ello, incorporada la normativa transitoria y retroactiva en especificación singular y detallada para nuestro sistema de Seguridad Social, la aplicación judicial al caso de autos del derecho de la recurrente beneficiaria a la prestación de viudedad, que resulta ineludible de la simple lectura del relato fáctico de instancia (hecho probado primero, matrimonio del 74; hecho probado cuarto, fallecimiento en marzo del 2008; hecho probado segundo divorcio en marzo del 2006; y otros datos que constan en el expediente judicial), hacen que, en resumidas cuentas, proceda la estimación del recurso de suplicación de la viuda concurrente partiendo nuevamente de los cálculos en base reguladora y porcentaje que nos prevé el hecho probado quinto (base reguladora 673,78 correspondiéndole un 60% del 52%), pero con unos efectos económicos que lo deben ser, atendiendo a la solicitud efectuada (hecho probado sexto, en marzo del 2008) y que lo será, por lo tanto, desde la misma fecha del hecho causante, que tuvo lugar el 2 de marzo del 2008, por cuanto la normativa retroactiva, transitoria y excepcional, lo hace hasta el 1-1-08.

En suma, y recapitulando este Magistrado discrepante considera que se debió estimar el recurso de suplicación de la recurrente, declarando el derecho a la prestación de viudedad, con una base reguladora de 673,78 euros y un porcentaje del 60% del 52% en atención

a la concurrencia de otra prestataria, con efectos económicos del 3 de marzo del 2008, y con independencia de que si administrativamente pudiese carecer de otros medios de vida el % podría variar del 52% al 70%.

SEGUNDO.- Como quiera que la trabajadora recurrente goza del beneficio de justicia gratuita en atención al art. 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 no habrá condena en costas.

#### FALLO

Que ESTIMO el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Adolfinia contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Bilbao, en autos núm. 479/08, seguidos por la recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y Fátima y con revocación de la resolución de instancia, se declara el derecho a la prestación de viudedad con una base reguladora de 673,78 euros y un porcentaje del 60% del 52% en atención a la concurrencia de otra prestataria, con efectos económicos del 3 de marzo del 2008, y con independencia de que si administrativamente pudiese carecer de otros medios de vida el % podría variar del 52% al 70%. Sin costas.

Así por este mi voto, lo pronuncio, mando y firmo,

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia junto con el Voto Particular en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

#### ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) cta. número

4699-000-66-2611/09 a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300,51 euros en la entidad de crédito grupo Banesto (Banco Español de Crédito) c/c. 2410-000-66-2611/09 Madrid, Sala Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quiénes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 48020340012010100433