

En la Villa de Madrid, a quince de febrero de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Ana Isabel, representada y defendida por la Letrada Sra. Sancho Martín, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede en Burgos), de 20 de octubre de 2010, en el recurso de suplicación núm. 529/10, interpuesto frente a la sentencia dictada el 5 de julio de 2010 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Segovia, en los autos núm. 940/09, seguidos a instancia de dicha recurrente, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre pensión de viudedad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por Letrado.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete,

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 20 de octubre de 2010 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Burgos) dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Segovia, en los autos núm. 940/09, seguidos a instancia de dicha recurrente, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre pensión de viudedad. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Burgos) es del tenor literal siguiente: “Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Ana Isabel, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Segovia, en autos núm. 947/2009, seguidos a instancia de la recurrente, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, en reclamación sobre pensión y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida”.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 5 de julio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Segovia, contenía los siguientes hechos probados:

“1º.- El 12-12-1991, D<sup>a</sup> Ana Isabel -nacida el 17-3-1966- y D. Pedro contrajeron matrimonio. En el juicio de separación matrimonial contenciosa 133/2004 seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Segovia, la sentencia de instancia, de 18 de octubre de 2004, declaró la separación matrimonial de los cónyuges reseñados y acordó las medidas procedentes, en las que no reconoció la pensión compensatoria a favor de D<sup>a</sup> Ana Isabel. El 23-6-2009, D. Pedro falleció (las certificaciones registrales y sentencia se dan por reproducidos).

2º.- En el expediente administrativo 2009/501940/05, incoado en solicitud de pensión de viudedad presentada por la actora, la resolución de 30-9-2009 le denegó la pensión

de viudedad, en virtud de lo dispuesto en el art. 174.2 LGSS (el expediente se da por reproducido).

3º.- La base reguladora de la prestación asciende a 816,52 euros mensuales, en caso de concesión.

4º.- Interpuesta reclamación previa por la actora, la resolución de 11-12-2009 la desestimó”.

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: “Desestimo la demanda presentada por la Letrada Sra. Sancho Martín, en representación de D<sup>a</sup> Ana Isabel, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social y les absuelvo de las pretensiones deducidas”.

TERCERO.- El Letrado Sr. Moraleda Torres, en representación de D<sup>a</sup> Ana Isabel, mediante escrito de 9 de mayo de 2011, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que:

Primero.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de marzo de 2010.

Segundo.- Se alega la infracción del art. 174.2 de la LGSS en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, Medidas en materia de Seguridad Social, en relación con el art. 3.1 del Código Civil.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 11 de mayo de 2011 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 9 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora, nacida el 17 de marzo de 1966, contrajo matrimonio con el causante en diciembre de 1991, acordándose la separación matrimonial por sentencia de 18 de octubre de 2004, sin reconocimiento de pensión compensatoria. El causante falleció el 23 de junio de 2004 y, según se hace constar en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida y también consta en el expediente, del matrimonio nacieron dos hijos. Se formuló solicitud de pensión de viudedad que fue desestimada por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 30 de septiembre de 2009, frente a la que se interpuso demanda, que también fue desestimada por la sentencia de instancia, dictada el 5 de julio de 2010, frente a la que se interpuso recurso de suplicación en el que se invocaba expresamente la nueva regulación establecida por la

Ley 26/2009, mediante la incorporación de una nueva disposición transitoria 18ª de la LGSS. La sentencia recurrida rechazó la aplicación de esta norma por estimar que para la aplicación de la misma sería necesaria una nueva solicitud, al no estar vigente la nueva regulación en el momento en que se formuló la solicitud y se resolvió sobre ella por el INSS.

Contra este pronunciamiento recurre la actora aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social de Madrid el 11 de marzo de 2010, en la que, ante una reclamación de pensión de viudedad en situación equiparable a la que aquí se contempla, se estimó el recurso de la actora, aplicando la Sala la nueva regulación de la Ley 26/2010, pese a que no sólo la resolución administrativa, sino la sentencia de instancia -dictada el 1 de octubre de 2009- eran anteriores a la publicación y entrada en vigor de la citada Ley y pese a que esta nueva regulación no había sido invocada en el recurso. Hay diferencias entre los supuestos, pero no eliminan la contradicción, sino que la refuerzan, pues la sentencia de contraste ha ido más lejos en el fallo estimatorio de la pretensión que ha sido rechazada por la sentencia recurrida, ya que, a diferencia de lo que ocurre en ésta, en el caso resuelto por la Sala de Madrid la aplicación de la nueva norma no había podido ser objeto de debate en la instancia, ni de alegación en el recurso.

SEGUNDO.- El recurso debe estimarse, como propone el Ministerio Fiscal. Frente a la objeción que formula el INSS en el sentido de que la legislación aplicable es la vigente en el momento del hecho causante, hay que comenzar distinguiendo el problema sustantivo del procesal. Hay ciertamente un problema sustantivo que se refiere a la aplicación temporal de la nueva norma a un hecho causante que se produjo con anterioridad a su aprobación, publicación y vigencia, pero hay también un problema procesal que consiste en la posibilidad de aplicar esa norma en un proceso que tiene su origen en lo decidido en un procedimiento administrativo que se inició y se resolvió cuando la nueva regulación no existía. En realidad, ni el INSS ni la sentencia recurrida cuestionan que la disposición transitoria 18ª de la LGSS pueda ser aplicable a la actora. Lo que sostienen es que para ello es precisa una nueva solicitud, aunque “el resultado final” -como señala el INSS en la impugnación- pudiese “previsiblemente” ser el mismo. En realidad, la propia norma prevé su aplicación retroactiva cuando establece que “lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley», todo ello sin perjuicio de que los efectos de esa aplicación retroactiva se produzcan desde el 1 de enero de 2010, como establece el párrafo primero de la disposición final 3ª de la Ley 26/2009.

Lo que sostiene el INSS y ha aceptado la sentencia recurrida es que no es posible plantear en vía judicial una cuestión -la aplicación de la disposición transitoria 18ª de la LGSS a la solicitud de pensión formulada por la actora- que por las razones temporales no pudo ser resuelta en el procedimiento administrativo. Este planteamiento incluye, sin embargo, varias cuestiones:

1ª) El alcance de la denominada congruencia entre la vía administrativa previa y el proceso;

2ª) La posible existencia de una variación sustancial de la demanda y

3ª) La entrada en el recurso extraordinario de una cuestión no debatida en la instancia y, eventualmente, sin su alegación a través de un motivo de suplicación. Esta última cuestión no se plantea en el presente caso, aunque sí se suscitó en la sentencia de contraste. Examinaremos, por tanto, a continuación las dos primeras cuestiones.

TERCERO.- La aplicación de la disposición transitoria 18ª de la LGSS no vulnera la denominada congruencia o, más exactamente, correspondencia entre la vía previa y el proceso, que establecen los arts. 72 y 142.2 de la LPL. Esta exigencia de correspondencia puede relacionarse con el carácter revisor del proceso de Seguridad Social en la medida en que se examina en él un acto administrativo, cuyo control acotaría su objeto. Pero esta Sala ha venido admitiendo una flexibilidad en la apreciación de esta exigencia, como puede verse en las sentencias de 25 de junio de 1998 y 7 de diciembre de 2004; flexibilidad que por lo demás se corresponde con la que la propia jurisdicción contencioso-administrativa considera en la actualidad su carácter revisor de la actuación administrativa, como se advierte en el preámbulo de la Ley 29/1998 (LJCA) cuando destaca el objetivo de “superar la tradicional y restringida concepción del recurso como una revisión judicial de los actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración” y en este sentido el art. 33 de la LJCA prevé la posibilidad de que el órgano judicial someta a las partes la existencia de otros motivos que podrían fundar la decisión. Por su parte, la doctrina de la Sala 3ª de este Tribunal ha señalado que “la vía administrativa” no equivale “a una primera instancia”, pues así “se impediría el adecuado control de la actividad de la Administración”, vulnerándose asimismo la concepción del proceso contencioso, cuyo objeto “lo constituyen los actos de la Administración, pero no los fundamentos del acto” (sentencia de la Sala 3ª de 15 de junio de 2002), y ha señalado también esa doctrina que “el carácter revisor de la jurisdicción ... no debe entenderse en una dimensión puramente formal, siendo el acto administrativo previo un presupuesto del proceso que no impide al Tribunal conocer de las pretensiones sustanciadas en el mismo” (sentencia de la Sala 3ª de 14 de febrero de 2002).

En realidad, en el presente caso no ha existido un cambio ni en el objeto de la pretensión -“tiempo, cantidades y conceptos”-, ni en “los hechos” que la fundamentan. La variación que se ha producido es extraña a la conducta de las partes, pues deriva de la entrada en vigor de una nueva norma que no regía cuando se dictó el acto administrativo, lo que no afecta propiamente a la pretensión, sino solo a un elemento jurídico de ésta, que ni siquiera tenía que haber sido alegado en el procedimiento administrativo, ni en la demanda (art. 80.1 LPL), y que además podía y debía haber sido apreciado en la sentencia de instancia en virtud del principio “iura novit curia”, ya que la norma entró en vigor antes de dictarse esta resolución. De ahí que no pueda aceptarse la tesis del INSS de que la única normativa aplicable era la que estaba

vigente en el momento de la solicitud de la prestación o en el de la resolución administrativa que decidió sobre ella. En este sentido hay que insistir en que lo que ha establecido la disposición transitoria 18ª de la LGSS es la dispensa de un requisito que la actora consideraba que no debía aplicarse, con lo que refuerza el fundamento de la pretensión deducida, sin alterar el sentido de ésta. Es cierto que la nueva norma pondera una serie de elementos de hecho -duración del vínculo, fecha del divorcio o la separación, fecha del fallecimiento del causante, existencia de hijos comunes y edad de la solicitante-, pero se trata de datos que obran en el expediente, que no han sido controvertidos y que en su mayoría están vinculados a la propia solicitud inicial.

CUARTO.- Tampoco puede excluirse la eventual aplicación de la nueva disposición transitoria 18ª de la LGSS en virtud de la prohibición de variación sustancial de la pretensión formulada en la demanda (art. 85.1 LPL), porque, aparte de que aquí no ha sido la parte actora la que ha introducido la variación, la aparición de la nueva norma ni modifica el objeto de la pretensión, ni altera su fundamento, que tiene un componente fáctico predominante, conforme a la doctrina de la sustanciación, que es la que prevalece en el ámbito de las pretensiones sociales, en las que no es preciso concretar en la demanda el elemento jurídico de la pretensión, con lo que la variación de la norma aplicable no es decisiva en la instancia. Se pide en función de los hechos que, según la parte demandante, conforman la situación protegida y que determinan el cumplimiento de los requisitos de acceso a la protección y ello de acuerdo con la legislación anterior al cambio normativo que se produce después de presentada la demanda. La nueva norma ni era conocida ni podía ser invocada en ese momento (art. 400 de la LEC), aparte de que ni siquiera hubiera tenido que serlo de estar vigente (art. 80 LPL), por lo que no puede apreciarse ninguna variación sustancial de la pretensión (art. 85. 1 de la LPL en relación con el art. 412 de la LEC).

QUINTO.- La estimación del recurso determina la casación de la sentencia recurrida para resolver el debate planteado en suplicación estimando el recurso de la actora y revocando la sentencia de instancia para estimar en parte la demanda. La estimación ha de ser parcial, porque, de acuerdo con el art. 174.2 de la LGSS, la actora en el momento del hecho causante -el 23 de junio de 2009- no tenía derecho a la prestación reclamada por estar separada judicialmente sin tener reconocida pensión compensatoria. Pero, a partir de la entrada en vigor de la Ley 26/2009, la exigencia de pensión compensatoria desaparece y la dispensa de ese requisito tiene, como ya se ha anticipado, efectos retroactivos, pues se aplica a "los hechos causantes producidos entre 1 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2009", si bien solo con efectos a partir de 1 de enero de 2010, según el párrafo primero de la disposición final 3ª de la Ley 26/2009. Por ello, el reconocimiento de la pensión ha de serlo no desde la fecha del hecho causante, sino desde 1 de enero de 2010.

Ese reconocimiento procede porque:

1º) La separación judicial de 10 de octubre de 2004 es anterior a la entrada en vigor de la Ley 40 /2007;

2º) El matrimonio, contraído en diciembre de 1991, ha tenido una duración superior a diez años;

3º) El tiempo transcurrido entre la separación y la muerte del causante no supera los diez años y

4º) Existen hijos comunes del matrimonio. De acuerdo con el art. 233 de la LPL, no procede la imposición de costas.

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

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Ana Isabel, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede en Burgos), de 20 de octubre de 2010, en el recurso de suplicación núm. 529/10, interpuesto frente a la sentencia dictada el 5 de julio de 2010 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Segovia, en los autos núm. 940/09, seguidos a instancia de dicha recurrente, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre pensión de viudedad. Casamos la sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos también el recurso de esta clase interpuesto por la actora y, con revocación de la sentencia de instancia, estimamos parcialmente la demanda y reconocemos el derecho de la demandante al abono de una pensión de viudedad mensual en la cuantía reglamentaria con efectos de 1 de enero de 2010 y condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social al abono de esta pensión con las revalorizaciones que procedan y a la Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por este pronunciamiento en lo que pudiera afectar a sus competencias en orden al pago de las obligaciones de la Seguridad Social.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede en Burgos), 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. Gonzalo Moliner Tamborero.- Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Jesús Gullón Rodríguez.- Luis Fernando de Castro Fernández.

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