



Roj: **STSJ M 2962/2016 - ECLI: ES:TSJM:2016:2962**

Id Cendoj: **28079340032016100156**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **14/03/2016**

Nº de Recurso: **664/2015**

Nº de Resolución: **169/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34001360

NIG : 28.079.00.4-2014/0036489

Procedimiento Recurso de Suplicación 664/2015

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 09 de Madrid Seguridad social 836/2014

Materia : **Viudedad** / Orfandad / A favor familiares

Sentencia número: 169/16-FG

Ilmos/a. Sres/a.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSÉ IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid, a 14 de marzo de 2016, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Tercera de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos/as. Sres/as. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación número 664/2015, formalizado por el letrado DON JUAN LUIS DURÁN GARCÍA en nombre y representación de DOÑA Martina , contra la sentencia número 227/2015 de fecha 26 de mayo, del Juzgado de lo Social número 9 de los de Madrid , en sus autos número 836/2014 seguidos a instancia de la recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en reclamación por **viudedad**, siendo magistrada-ponente la Ilma. Sra. Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

1º.- Doña Martina nació en fecha de NUM000 de 1.961, estando afiliada a la Seguridad Social con número NUM001, contrayendo matrimonio con don Rodrigo en fecha de 27 de septiembre de 2.002.

2º.- Don Rodrigo falleció de fecha de 24 de julio de 2.012.

4º.- A su vez, don Rodrigo estuvo unido en matrimonio con doña Blanca, perceptora de pensión de viudedad tras el fallecimiento de don Rodrigo al igual que la actora, falleciendo doña Blanca en fecha de 1 de mayo de 2.013.

5º.- En fecha de 4 de septiembre de 2.012 se reconoce a la actora pensión de viudedad por importe de 1.161,32 euros mensuales y fecha de efectos de 1 de agosto de 2.012.

6º.- Por resolución de 10 de septiembre de 2.012 se acuerda modificar dicha prestación por concurrencia con la primera esposa del finado, quedando reducida la pensión de jubilación de doña Martina a 464,53 euros mensuales.

7º.- Tras el fallecimiento de doña Blanca, se interesó por la demandante el cese de la concurrencia y el acrecimiento de la pensión de viudedad que venía percibiendo en fecha de 24 de abril de 2.014.

8º.- Por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 23 de mayo de 2.014 se deniega a la actora la petición.

9º.- Frente a dicha resolución se formuló reclamación previa en fecha de 27 de mayo de 2.014, siendo desestimada por resolución con fecha de notificación de 2 de julio de 2.014."

TERCERO: En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

"Que DESESTIMO la demanda presentada por D^a. Martina frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte actora, formalizándolo posteriormente, no habiendo sido impugnado de contrario.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 3 de agosto de 2015, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 8 de marzo de 2016 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Con amparo en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la recurrente la inaplicación del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social y la jurisprudencia que cita del Tribunal Supremo, así como la vulneración del artículo 14 de la Constitución por considerar que se le ocasiona desigualdad, concluyendo que han de utilizarse las fuentes del derecho contenidas en los artículos 1 a 5 del Código Civil, alegando que la pensión no nació limitada en su cuantía, siéndole reconocida en fecha 4 de septiembre de 2012 por fallecimiento del causante, por importe de 1.161,32 euros mensuales con efectos del 1 de agosto de 2012, siendo a solicitud de la primera esposa de aquél cuando, con fecha 10 de septiembre de 2012, se resolvió la modificación de la prestación, quedando reducida a 464,53 euros, poniendo de manifiesto que la cuestión litigiosa es si es posible la modificación de las cuantías establecidas en las resoluciones impugnadas, lo que se le desestima por no prever la Ley General de la Seguridad Social el recálculo de la pensión cuando la concurrencia de beneficiarios cesa, considerando de aplicación analógica el acrecimiento de la pensión de orfandad cuando fallece el cónyuge supérstite y razonando que la falta de acrecimiento en este caso produce unos efectos prácticos que son, por un lado, el enriquecimiento injusto de la administración.

La pensión de **viudedad** se configura en nuestro sistema como una pensión contributiva que deriva de las cotizaciones efectuadas por el causante a lo largo de su vida laboral, conforme a las cuales se establece



la base reguladora en función de la contingencia de la muerte y si se trata de un pensionista será la misma que sirvió para determinar la pensión de jubilación o incapacidad permanente del fallecido, a la que se aplicará el porcentaje que, en su caso, corresponda del 52 o el 70% según las circunstancias concurrentes, incrementándose el resultado con el importe de las revalorizaciones que, para las pensiones de **viudedad**, hayan tenido lugar desde la fecha en que se causó la pensión originaria.

El artículo 174.2 de la LGSS vigente a la fecha del hecho causante, establecía, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

1. *Tendrá derecho a la pensión de **viudedad**, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. (...)*

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

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

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

(...)

4. *En todos los supuestos a los que se refiere el presente artículo, el derecho a pensión de **viudedad** se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado anterior, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente.*

Conforme a este precepto tiene derecho a la pensión de **viudedad**, lógicamente, el cónyuge viudo, con carácter vitalicio, no obstante lo cual el importe de la prestación se reduce en los supuestos de concurrencia con otra persona separada o divorciada previamente del mismo causante, siempre que se den los requisitos legalmente fijados por el precepto.

Consecuentemente, en el presente caso, la actora como cónyuge viuda solicitó la pensión al fallecer su esposo, concediéndosela el INSS íntegra en el porcentaje que le correspondía a partir de la base reguladora, sin perjuicio de lo cual al reclamar la anterior esposa, divorciada, su pensión, el INSS redujo aquélla para reconocer a ésta la parte que le correspondía.

Fallecida posteriormente la ex esposa divorciada, la viuda solicita que se le reconozca de nuevo la pensión en su importe íntegro al no haber ya concurrencia de beneficiarios y ciertamente, ha de reconocerse su derecho por cuanto siendo la actora la viuda legal su derecho, conforme 174.2.1. de la Ley General de la Seguridad, es incondicionado al total de la pensión con carácter vitalicio, porque la ley exclusivamente minorra la prestación de concurrir con anteriores cónyuges que reúnan los requisitos que establece la norma, siempre reservando para el viudo al menos un 40%.



El TS en sentencia de 23-6-2014, rec. 1233/2013 , niega el derecho de percibir la pensión íntegra a la esposa divorciada, no siendo por tanto el supuesto idéntico al que nos ocupa, debiéndose tener en cuenta que esta sentencia tiene un voto particular suscrito por varios magistrados, que considera lo siguiente:

*"2. En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de **viudedad** corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente.....", para posteriormente establecer que: "Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de **viudedad** en los términos a que se refiere el apartado siguiente." Es claro, que con este nuevo redactado, al desaparecer del apartado 2 del precepto, en su versión inicial, la referencia "...y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido,....", únicamente se mantiene el prorrateo para el supuesto de que "se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión,...", supuesto pues el de concurrencia de beneficiarios para el que únicamente, en mi opinión, continuaría siendo aplicable la doctrina jurisprudencial reseñada;*

*C) La "resolución del INSS" a que se refiere la argumentación jurídica de la posición mayoritaria, para -sin hacer referencia alguna a su contenido- negarle virtualidad aplicativa, es en realidad, la Circular INSS 2 enero 2008- Instrucciones Provisionales para la aplicación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social, que hizo pública el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Estas Instrucciones, en relación con el reconocimiento de pensiones, y en concreto con la pensión de **Viudedad**, en el apartado 3.2.2. Supuestos de separación y Divorcio, como novedades, y en lo que aquí interesa, señalaba textualmente que: "Cuando la persona separada judicialmente o la divorciada no concurra con otros beneficiarios "con derecho a pensión", percibirán la pensión íntegra. No se produce a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, determinación de la pensión "en proporción" al tiempo de convivencia cuando sólo existe un beneficiario de la pensión de **viudedad**, aunque se trate de una persona separada o divorciada.";*

Recogiendo así el criterio interpretativo del INSS en el sentido de que la pensión de **viudedad** es única conforme a la base reguladora y el porcentaje del 52 o 70% que sea de aplicación y la cuantía resultante de dichos parámetros legales no puede ser alterada arbitrariamente ya que lo que la Ley establece es que simplemente en el caso de concurrencia de beneficiarios se reparta entre los mismos, manteniendo siempre la cuantía de la pensión, de manera que cuando la concurrencia cesa, al igual que cuando no se da en ningún momento y, consecuentemente el beneficiario único ya lo sea desde el principio o por fallecer o dejar de tener derecho los demás beneficiarios, ha de lucrar el importe íntegro, del mismo modo que habría de realizarse un reparto distinto si se reduce el número de beneficiarios o aparecen otros, debiendo el INSS en todo momento abonar el importe de la prestación en su totalidad conforme a la normativa expuesta, con independencia de que lo haga a una o varias personas, porque entenderlo de otra forma supone desconocer que se trata de una pensión contributiva y que las cotizaciones del causante han dado lugar a una determinada base reguladora legalmente establecida, que no puede dicho organismo reducir arbitrariamente, como tampoco puede reducir el porcentaje de dicha base en que consiste la pensión ni aplicar otros que la ley no prevé, por todo lo cual el recurso se estima.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el Recurso de Suplicación número 664/2015, formalizado por el letrado DON JUAN LUIS DURÁN GARCÍA en nombre y representación de DOÑA Martina , contra la sentencia número 227/2015 de fecha 26 de mayo, del Juzgado de lo Social número 9 de los de Madrid , en sus autos número 836/2014 seguidos a instancia de la recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en reclamación por **viudedad**, revocamos la resolución impugnada y declaramos que la actora tiene derecho a percibir el importe íntegro de la pensión de **viudedad** en la cuantía que le fue inicialmente reconocida de 1.161,32 euros mensuales, más las mejoras y revalorizaciones que correspondan, condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración y al pago de la prestación el tal cuantía desde la fecha de fallecimiento de la anterior beneficiaria concurrente, 1 de mayo de 2013.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.



Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0664-15 que esta Sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Paseo del General Martínez Campos 35, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria de 20 dígitos (CCC) siguiente:

Clave entidad

0049

Clave sucursal

3569

D.C.

92

Número de cuenta

0005001274

I.B.A.N: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

2. En el campo **ORDENANTE** , se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.

3. En el campo **BENEFICIARIO** , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.

4. En el campo **OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA** , se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento. **MUY IMPORTANTE** : Estos 16 dígitos correspondientes al procedimiento tienen que consignarse en un solo bloque. Es importante que este bloque de 16 dígitos este separado de lo que se ponga en el resto del campo por espacios. **Si no se consignan estos dieciséis dígitos o se escriben erróneamente, la transferencia será repelida por imposibilidad de identificación del expediente judicial y será devuelta a origen** . Pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S).

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día

por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.