



Roj: **STS 6982/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:6982**

Id Cendoj: **28079140012012100790**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2012**

Nº de Recurso: **3600/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a nueve de Octubre de dos mil doce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de Doña Agustina contra sentencia de fecha 26 de septiembre de 2011 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso núm. 3470/11, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia de fecha 24 de febrero de 2011 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid, en autos núm. 229/10, seguidos por DOÑA Agustina frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), sobre reclamación de Pensión de Viudedad.

Ha comparecido en concepto de recurrido, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, Don Andrés Ramón Trillo García, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 24 de febrero de 2011 el Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda deducida por D<sup>a</sup> Agustina contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos de la demanda".

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1. La actora convivió con D. Carlos Antonio desde 1988 sin vínculo matrimonial hasta el fallecimiento de éste en fecha 30.09.2009.

2. El fallecido contrajo matrimonio con D<sup>a</sup> Gema de quien se separó en fecha de 1982 sin que reanudara su convivencia, el matrimonio fue disuelto por divorcio en 1993. De este matrimonio nació una hija el NUM000 .1978 llamada Rocío .

3. La actora mantuvo con el fallecido una relación como pareja de hecho desde la separación matrimonial de aquel, de esta unión nació en fecha de NUM001 .1993 una hija llamada Adela .

4. La actora y el fallecido D. Carlos Antonio Codina compartieron domicilio en la PLAZA000 piso NUM002 NUM003, propiedad de la familia del fallecido (la nuda propiedad de los siete hermanos y el usufructo de su madre, que cedió el uso a la pareja y mantiene esa cesión a favor de la actora y de su hija) ambos contribuían a los gastos comunes en proporción a sus ingresos.

5. Con fecha de 18.07.2008 el fallecido otorgó testamento ante Notario en el que declara que convive maritalmente con la actora a quien lega una cuota al 30% del conjunto de toda su herencia e instituye heredera a sus dos hijas por partes tres iguales. En el mismo sentido la actora otorgó testamento.



6. La base reguladora de la prestación solicitada sería de 1483,04 euros, la fecha de efectos de 1.10.2009 y el porcentaje del 52%.
7. La actora solicitó en fecha de 19.11.2009 al INSS reconocimiento de la pensión de viudedad, que fue denegada por Resolución de fecha 24.11.2009 basada en no ser su relación con el fallecido ninguna de las que pueden dar lugar a una pensión de viudedad, de acuerdo con el art 174 LGSS aprobada por RD 1/1994 en la redacción dada por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.
8. Se ha agotado la vía administrativa."

**TERCERO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Doña Agustina ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 26 de septiembre de 2011, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Agustina, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid, de fecha 24 de febrero de 2011, en virtud de demanda formulada por la recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación sobre viudedad, y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia."

**CUARTO.-** Por el Letrado Don Leopoldo Pardo Serrano, en nombre y representación de Doña Agustina, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha 17 de marzo de 2010, recurso núm. 113/10, posteriormente aclarada por auto de 10 de mayo de 2010.

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 2 de febrero de 2012, se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de desestimar el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 2 de octubre de 2012, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina, resuelta ya en lo esencial por esta Sala en varias ocasiones, versa sobre la acreditación del requisito de existencia de una pareja de hecho, a los efectos de reconocimiento de pensión al sobreviviente, en el pertinente Registro público o mediante la otra forma permitida por la norma (documento público), con un mínimo de dos años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante. El problema surge por la interpretación que haya de darse al artículo 174.3, párrafo 4º, de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en la redacción dada por la Ley 40/2007, cuando el pretendido beneficiario –que es hoy recurrente en unificación de doctrina–, igual que su pretendido causante (divorciado en 1993), habían mantenido una relación como pareja de hecho desde 1988 hasta el 30 de septiembre de 2008, fecha en la que se produjo el óbito de este último. El 18 de julio de 2008, el causante otorgó testamento ante Notario en el que legaba a su pareja una cuota del 30% del conjunto de toda su herencia, designaba herederas a sus dos hijas, una de las cuales, nacida el NUM001 de 1993, era hija de ambos, declarando en la correspondiente escritura que convivía maritalmente con quien ahora postula la pensión de viudedad. "En el mismo sentido la actora otorgó testamento" (hecho probado 5º).

2. La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid el 26 de septiembre de 2011 (R. 3470/11), confirmando la resolución de instancia, ha desestimado la demanda al entender, en síntesis, que no concurría el precitado requisito, previsto, como vimos, en el art. 174.3, párrafo 4º, de la LGSS, sobre la acreditación de la existencia de pareja de hecho, en los términos que el precepto requiere. La Sala de Madrid añade que tampoco se puede reconocer la prestación para aquellas parejas de hecho que, aún encontrándose inscritas a la fecha de entrada en vigor de la norma, no alcanzan los dos años de inscripción a la fecha del fallecimiento del causante.

3. La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Baleares el 17 de marzo de 2010 (R. 113/10), ha llegado a la conclusión contraria en un caso sustancialmente igual en el que estaba en juego también la misma normativa. La sentencia referencial trata igualmente de una pareja de hecho que convivió maritalmente desde el año 1977 hasta el 31 de mayo de 2008, fecha del fallecimiento del pretendido causante, y habían tenido una hija común el 22 de agosto de 1984; el fallecido otorgó testamento a favor de su pareja -la actora- y de la hija de ambos el 5 de noviembre de 2004 y el INSS, cuando se le solicitó la pensión de viudedad, la denegó por no haberse constituido la pareja formalmente mediante documento público o inscripción en el pertinente Registro con una antelación mínima de dos años respecto a la fecha del fallecimiento del causante. La Sala balear sostiene que el elemento constitutivo de la pensión radica en la existencia de la pareja de hecho, no en su inscripción como tal en registro público alguno en escritura notarial; añade además que el supuesto enjuiciado reviste la peculiaridad de que el fallecimiento se produjo cuando sólo habían transcurrido cinco



meses desde la entrada en vigor de la norma por lo que considera que los dos años de inscripción previa resultaba de imposible cumplimiento.

4. Es indudable la identidad sustancial entre ambos litigios y la plena divergencia de sus pronunciamientos, lo que obliga a unificar la doctrina en los términos del art. 217 LPL/1995, porque, siendo idéntico el núcleo esencial y primigenio del debate (la exigibilidad del requisito formal -documento público o inscripción en un Registro *ad hoc*-), la sentencia recurrida, en esencia, siguiendo la doctrina jurisprudencial representada por la STS 20-7-2010 (RCUD 3715/), considera tal requisito como constitutivo del derecho, denegando la prestación porque el mismo no concurre, mientras que, por el contrario, la referencial, al entenderlo no constitutivo, cualidad que sólo atribuye a la existencia material de la pareja de hecho, no a su inscripción o documentación en escritura pública como tal, reconoce la prestación. En ambos casos se trata de peticiones de pensiones de viudedad por fallecimientos de causantes acaecidos después del 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, sin que en ninguno de ellos se discuta la convivencia real -de hecho- de la pareja durante un muy prolongado espacio temporal (más de 20 años en la recurrida y más de 30 en la de contraste), y sin que en la solución que en ambos se otorga tenga incidencia real alguna el hecho cierto de que no hubieran transcurrido dos años entre la fecha de entrada en vigor de la norma y el respectivo fallecimiento de cada causante (21 meses en el caso de la recurrida y 5 meses en la de contraste), pues, como vimos, la razón determinante de las contrapuestas decisiones no estriba tanto en esta última circunstancia como en entender constitutivo, o no, el requisito de la formalización de la unión, por más que, en efecto, la posición teórica de ambas Salas al respecto de la relevancia del transcurso de esos dos años no resulte coincidente. Es evidente, pues, la contradicción en la parte nuclear y decisoria del debate, según admite expresamente el Ministerio Fiscal, y, por tanto, debemos entrar una vez más en el fondo del asunto, sin que hayamos de atender a la causa de inadmisión que denuncia el INSS en su impugnación (que el escrito de formalización carece del análisis pormenorizado de la contradicción alegada) porque el recurso, al describir las circunstancias fácticas que concurren en las sentencias comparadas, pone de relieve con suficiente claridad la contradicción.

**SEGUNDO.-** 1. De conformidad con doctrina jurisprudencial unificada, que recuerda también el atinado dictamen del Ministerio Fiscal, la solución más ajustada a derecho de las confrontadas en esta casación unificadora es la contenida en la sentencia recurrida, por lo que el recurso debe ser desestimado. De esta línea jurisprudencial forman parte las SsTS de 20 de julio de 2010, R. 3715/09 [que la recurrida sigue], 27 de abril de 2011, R. 2170/10, 22 de noviembre de 2011, R. 433/11, y las que en ellas se citan, así como, entre otras muchas, las más recientes de 20 y 26 -dos- de diciembre de 2011, R. 1147/11, 2093/11, 245/10, 23 de enero de 2012, R. 1929/11, 28 de febrero de 2012, R. 1768/11, y 11 de junio de 2012, R. 4259/11, que han resuelto supuestos, en lo decisivo, sustancialmente iguales al presente.

El fundamento de la doctrina jurisprudencial sentada en las mencionadas sentencias, que volvemos a hacer nuestro en la presente decisión, se puede sintetizar, en lo que aquí interesa, como hicieron, entre otras, las SSTS de 15-6-2011, R. 3447/10, y 10-5-2012, R. 1851/11, en los siguientes puntos: 1) que los requisitos legales de "existencia de pareja de hecho" y de "convivencia estable y notoria", establecidos ambos en el vigente artículo 174.3 LGSS son distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión a favor del sobreviviente; 2) que, en el mismo precepto legal, las reglas de acreditación de uno y otro requisito son asimismo diferentes; 3) que la "existencia de pareja de hecho" debe acreditarse, de acuerdo con el repetidamente citado artículo 174.3 LGSS, bien mediante "inscripción en registro específico" de parejas de hecho, bien mediante "documento público en el que conste la constitución" de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas.

2. Y como igualmente ha contemplado esta Sala en algún supuesto que guarda identidad de razón con el presente (TS 22-12-2012, R. 886/11), precisamente porque en el mismo había quedado acreditado que "en escritura notarial ... la demandante y el causahabiente constan como <<cónyuges entre sí>>", la simple manifestación unilateral de los convivientes ante notario, aceptando la realidad de esa convivencia marital en sus respectivas escrituras de disposición testamentaria, tampoco ahora puede hacerse equivalente a la constitución de la pareja de hecho que exige el art. 174. 3º LGSS. En efecto, como esta Sala razonaba entonces, en lo que parecía ser la solución dada por la resolución de instancia, "una cosa es la expresión de la manifestación de voluntad constitutiva de la pareja de hecho, y otra muy distinta que, a ciertos efectos en el ámbito jurídico civil o mercantil, se quiera hacer valer una cierta vinculación, que para el caso tiene un alcance meramente circunstancial y de oportunidad, limitado al negocio de que se trate". Y aunque, en nuestro caso, parece desprenderse de la incombata declaración de hechos probados de la sentencia de instancia que la manifestación de convivencia era coincidente, pues las disposiciones testamentarias de los convivientes lo eran "en el mismo sentido", nos parece obvio que ninguna de ellas, ni por separado ni en su consideración conjunta, pueden equivaler a la constitución formal de la pareja de hecho que la ley requiere.



**TERCERO.-** La conclusión de todo el razonamiento es que el recurso debe ser desestimado, sin perjuicio de que, como apuntábamos al analizar el requisito de la contradicción, y como pone acertadamente de relieve el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, esta Sala, en dirección contraria a lo que parece apuntar la resolución recurrida de modo claramente irrelevante en el caso, haya reconocido (TS 28-11-2011, R. 286/2011 ) la pensión de viudedad al superviviente de una pareja de hecho formalmente constituida sin que hubieran transcurrido dos años al fallecimiento del causante cuando, pese a ello, hubiera devenido imposible reunir el período bianual requerido por la norma aunque se hubiera llevado a cabo la inscripción al día siguiente de la entrada en vigor de la Ley 40/2007. Esa solución ("consistente en dispensar, no del cumplimiento del requisito de la formalización, sino del requisito adicional de que esa formalización se produzca con dos años de antelación al fallecimiento del causante, porque eso sí es imposible -en tanto que requisito exigible, no en tanto que posibilidad real: hay parejas que se han inscrito en el Registro de parejas de hecho de su Comunidad o que han otorgado escritura pública ad hoc porque lo han considerado conveniente, antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007- en los casos en que el fallecimiento se produce en fecha anterior al transcurso de dicho plazo contado hacía adelante a partir del 1 de enero de 2008, fecha de la entrada en vigor de la norma que exige dicho requisito adicional" [ TS 22-12-2011, R. 886/11 ]) no es aplicable en el presente supuesto porque, como vimos, falta el requisito constitutivo de la formalización. Sin costas.

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

### FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por DOÑA Agustina , contra la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2011, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 3470/11, iniciados en el Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid, en autos núm. 229/10, a instancia de la ahora recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo 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.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.