



Roj: **STSJ PV 1033/2015 - ECLI:ES:TSJPV:2015:1033**

Id Cendoj: **48020340012015100545**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **17/03/2015**

Nº de Recurso: **366/2015**

Nº de Resolución: **496/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO Nº:** Suplicación / E\_Suplicación 366/2015

**N.I.G. P.V. 48.04.4-13/015499**

**N.I.G. CGPJ 48.020.44.4-2013/0015499**

**SENTENCIA Nº: 496/2015**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 17/3/2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Micaela contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 1 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 23 de octubre de 2014, dictada en proceso sobre OSS, y entablado por Micaela frente a **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE BIZKAIA**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, quien expresa el criterio de la Sala.

### **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:

"PRIMERO.- La demandante Micaela con DNI NUM000, solicitó pensión de **viudedad** el 19 de febrero de 2013, tras el fallecimiento del Sr. Valeriano, acaecido el 29 de octubre de 2012, del que se encontraba separada.

SEGUNDO.- La Dirección Provincial del INSS, por resolución de 2/10/2013, le aprobó pensión de **viudedad** por una cuantía mensual de 791,25€ sin efectos económicos, ya que es incompatible con la pensión de jubilación que percibe. Junto con la resolución se le envió un escrito de opción entre las dos pensiones, optando por la pensión de jubilación el 18/10/2013 por ser de mayor cuantía.

TERCERO.- Con fecha 18 de octubre de 2013 presento reclamación previa manifestando su desacuerdo con la resolución y solicita el derecho a la compatibilidad de ambas pensiones.



CUARTO.- La demandante contrajo matrimonio con Valeriano el 9/04/1969, fallecido el 29/10/2012. Por sentencia de 12/09/1995 el Juzgado de Primera Instancia nº2 de Getxo concedió la separación de su matrimonio, con pensión compensatoria a su favor. La sentencia aprobaba el convenio regulador de 19/06/1995 establecía a su favor una pensión compensatoria de 60.000 pesetas mensuales (360,01 uros). Desde 2003 no consta que percibiese cantidad alguna.

QUINTO.- En el momento de fallecimiento del causante la actora tenía 69 años de edad."

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

"Que desestimando la demanda formulada por Micaela frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo al demandado 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 por la demandante.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La resolución judicial de instancia ha desestimado la pretensión de la demandante, denegando el derecho a la pensión de **viudedad** desde la situación de separación y divorcio (desde 1995), en aplicación del art. 174.2 de la LGSS entendiéndose que como la demandante dejó de percibir la pensión compensatoria (inicialmente instaurada y con convenio regulador) en el año 2003, no cumple el requisito legal de ser acreedora de la pensión compensatoria y que se halla extinguido por el fallecimiento del causante, puesto que la demandante no ejercitaba acción alguna tendente a hacer efectiva dicha pensión compensatoria.

Disconforme con tal resolución de instancia, la demandante plantea Recurso de Suplicación articulando única y exclusivamente un motivo jurídico al amparo del párrafo c) del art. 193 de la LRJS que pasamos a analizar, siendo que la entidad gestora impugnante específica de manera indirecta la fecha de efectos y la base reguladora correspondiente.

**SEGUNDO.-** En lo que se refiere a la revisión jurídica, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino solo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente iura novit curia o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado.

Como la recurrente denuncia en un único motivo jurídico la infracción del art. 174.2 de la LGSS en relación a los arts. 97 y 101 del CC, citando las Sentencias del TS de 18-9-2013 y 18-12-2013, así como la última de 1-4-14, interpretando el concepto acreedora (no perceptora) de la pensión compensatoria, y la persistencia de la obligación de su pago, sin renuncia alguna, analizaremos la exigencia del requisito de la pensión compensatoria que deberemos efectuar en atención a esa doctrina jurisprudencial que cita la recurrente y que ya hemos esbozado, entre otras, en la sentencia de 30-9-14 Recurso 1463/14.

Y es que como bien conocemos, el art. 174.2 de la LGSS tras la modificación por Ley 26/09, se especifica que en los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de **viudedad**, corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos, sea o haya sido cónyuge legítimo, y no incurra en causa de extinción, pero requiriendo que las personas separadas o divorciadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del CC, y que ésta quede extinguida a la muerte del causante, especificando que, en el supuesto de que la cuantía teórica de la pensión de **viudedad** fuera superior a la pensión compensatoria, aquella pensión de **viudedad** se disminuya hasta alcanzar la cuantía de esta última.

Con todo vamos nuevamente a reproducir a los efectos ilustrativos parte de las resoluciones judiciales que cita la recurrente y que esta Sala ya ha ofrecido.



" Primero: El tenor literal del artículo 174.2 LGSS , que tajantemente reconoce el derecho a la pensión de **viudedad** en los casos de separación o divorcio a quien reuniendo los requisitos en cada caso exigidos, sea o haya sido cónyuge legítimo, asimismo se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedara extinguida a la muerte del causante. La norma exige que la persona divorciada o separada sea acreedora de la pensión compensatoria, no que sea perceptora, sino que tenga reconocido el derecho al percibo de la pensión compensatoria.

La actora es acreedora de la pensión compensatoria, tiene reconocido ese derecho en sentencia judicial firme y puede en cualquier momento solicitar la ejecución de la sentencia respecto al periodo de pensión que no haya prescrito.

Segundo: Si la norma hubiera querido que la persona beneficiaria de la pensión de **viudedad** estuviera efectivamente percibiendo la pensión compensatoria que tiene reconocida, lo hubiera hecho constar así, exigiendo que fuera "perceptora" de la citada pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del cónyuge. La norma ha establecido el requisito de "ser acreedora de la pensión compensatoria" porque en muchos supuestos los acreedores de dicha pensión no son perceptores de la misma, piénsese en un supuesto de insolvencia del cónyuge, de encontrarse en paradero desconocido etc... en estos casos, de seguirse la interpretación de la sentencia recurrida la persona separada no tendría derecho a pensión de **viudedad** por no estar percibiendo la pensión compensatoria, que judicialmente le había sido reconocida, en la fecha de fallecimiento del cónyuge.

Tercero: El no haber reclamado el abono de la pensión compensatoria no supone la renuncia a la misma. Como ya hemos señalado anteriormente la actora podía reclamar en cualquier momento el periodo de pensión no prescrito. Por otra parte la renuncia de derechos ha de ser precisa, clara y terminante sin que sea lícito deducirla de expresiones equívocas o de actos de dudosa significación. La actora no ha realizado acto alguno claro y terminante de renuncia, sin que a su pasividad pueda dársele otro alcance que el legalmente previsto, es decir la prescripción de los sucesivos periodos de pensión.

Cuarto: La no reclamación de pensión compensatoria no supone su extinción. En efecto las causas de extinción aparecen contempladas en el artículo 101 del Código Civil , señalándose como tales el cese de la causa que motivó el derecho a la pensión, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona -ninguna de estas circunstancias concurren en la actora-, por lo que no se ha producido la extinción de la pensión compensatoria.

Quinto: No cabe entender que la acción ejecutiva para reclamar la pensión compensatoria correspondiente al periodo no prescrito está caducada por no haberse interpuesto la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia de separación, a tenor de lo establecido en el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ya que al tratarse de una pensión de carácter periódico el plazo de caducidad ha de computarse a partir del devengo de cada pensión mensual."

Por todo lo mencionado procederá estimar la pretensión de la recurrente, pero haciendo especificación de que la fecha de efectos y base reguladora a conceder, no pueden ser las peticionadas por la recurrente, al especificar la impugnante, y ser de recibo jurídicamente, que la solicitud de la pensión de **viudedad** del 19-2-13 deberá tener a lo sumo una fecha de efectos retroactivos de tres mensualidades (19-11-2012), referenciado al fallecimiento de 29-10-12; y en lo que se refiere a la base reguladora, como quiera que la pensión compensatoria lo fue de 360,01 euros, dicha pensión compensatoria se corresponde con tal cuantía de la pensión de **viudedad** y no la que solicita la recurrente.

Por lo mencionado, estimaremos parcialmente el Recurso de Suplicación de la beneficiaria.

**TERCERO.-** Como quiera que la beneficiaria recurrente goza del beneficio de justicia gratuita y ve estimado parcialmente su Recurso de Suplicación, en atención al art. 235.1 de la LRJS no habrá condena en costas.

## FALLAMOS

Que ESTIMAMOS PARCIALMENTE el Recurso de Suplicación interpuesto por Micaela contra la sentencia dictada en fecha 23-10-14 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Bilbao en autos nº 1510/13 seguidos a instancia de la hoy recurrente frente al INSS y TGSS, revocando la resolución de instancia, se reconoce el derecho a la pensión de **viudedad** de la recurrente en cuantía de 360,01 euros mensuales desde el 19-11-2012, con cargo a la Administración de la Seguridad Social, INSS y TGSS.

Sin costas.



Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

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.

E/

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia 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 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0366-15.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0366-15.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes 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.