



Roj: **STSJ CV 2111/2015 - ECLI:ES:Tsjcv:2015:2111**

Id Cendoj: **46250340012015100552**

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

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **28/04/2015**

Nº de Recurso: **2260/2014**

Nº de Resolución: **897/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL ALEGRE NUENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1 Rec. Supl. 2260/14

RECURSO SUPLICACION - 002260/2014

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/D^a . Isabel Moreno de Viana Cárdenas

Ilmo/a. Sr/a. D/D^a . Francisco Javier Lluch Corell

Ilmo/a. Sr/a. D/D^a . Manuel Alegre Nueno

En Valencia, a veintiocho de abril de dos mil quince.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as citados/as al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA Nº 897 de 2015

En el RECURSO SUPLICACION - 002260/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 7-4-14, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL NUMERO 6 DE ALICANTE , en los autos 000411/2012, seguidos sobre Pensión de Viudedad, a instancia de D^a Azucena asistida del Letrado D. José Luis Linares Jimenez, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y en los que es recurrente D^a Azucena , habiendo actuado como Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D^o./D^a . Manuel Alegre Nueno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: DESESTIMO la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por DOÑA Azucena frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre PENSIÓN DE VIUEDAD y absuelvo al organismo demandado de las pretensiones deducidas en su contra. "

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: PRIMERO.- DOÑA Azucena , con DNI NUM000 , solicitó en fecha 9.11.11 pensión de viudedad que le fue reconocidamediante resolución de fecha 15.11.11 por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre una base reguladora de 832'93 euros, porcentaje de prorrata del 44'33% sobre el porcentaje del 52%.- SEGUNDO.- Con fecha 21.12.11 DOÑA Azucena formuló reclamación previa, la cual fue desestimada por resolución de fecha 13.3.12 en base en que, de conformidad con el art. 174 LGSS en su redacción de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE 31.10.07), el período a tener en cuenta a efectos del reparto de la pensión de viudedad, se considera que es el transcurrido desde la celebración del matrimonio hasta la respectiva sentencia (de separación, de divorcio o de nulidad) que será la de separación, de producirse ésta, aunque después tenga lugar el divorcio o la nulidad.-TERCERO.-La base reguladora de la prestación solicitada es de 832'93.-euros,teniendo como fecha de efectos el 1.11.11.- CUARTO.-Don Bruno estuvo casado con Doña Isabel desde el 14.6.80 al 13.11.91, fecha en la que el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Laredo dictó sentencia decretando su divorcio en los autos nº 80/1991.-QUINTO.- De la relación sentimental entreDoña Azucena y Don Bruno dos hijos, Florentino el NUM001 .90 y Jesús el



NUM002 .91.-Doña Azucena ya convivía con Don Bruno , nacido el NUM003 .56, en fecha indeterminada del año 1989 en la localidad de Valle de Trápaga (Vizcaya).-Doña Azucena y Don Bruno contrajeron matrimonio el día 12.2.99.-En fecha 20.12.04 el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Benidorm dictó sentencia en los autos de separación nº 296/2004 por la que declaraba la separación de los esposos.-Don Bruno falleció el día 30.10.11.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte D^a Azucena . Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. En el escrito de formalización del presente recurso, el letrado de la demandante formula un único motivo de suplicación destinado al examen del derecho aplicado, en denunciando la presunta infracción del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social (en los sucesivo, LGSS) en relación con el párrafo 4º del apartado 3º del mismo precepto. Argumenta, en esencia, que la magistrada de instancia no ha tenido en cuenta a la hora de determinar el porcentaje de la pensión de viudedad que corresponde a la actora el tiempo que ésta y el causante convivieron como pareja de hecho antes de contraer matrimonio, como así se desprende, en su opinión, de la redacción del precepto citado como infringido.

2. Para resolver esta censura jurídica hemos de partir del inmodificado relato fáctico contenido en la sentencia recurrida, del que se desprende que el causante -Sr. Bruno , fallecido el 30 de octubre de 2.011, estuvo casado con doña Isabel desde el 14 de junio de 1.980 al 13 de noviembre de 1.991, fecha en que se decretó judicialmente el divorcio (hecho probado cuarto). Sin embargo, el causante convivió con la recurrente -Sra. Azucena -, desde el año 1.989, contrayendo matrimonio el 12 de febrero de 1.999 y se separaron judicialmente el 20 de diciembre de 2.004 (hecho probado quinto).

La resolución del INSS impugnada en el presente procedimiento reconoció el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad con un porcentaje del 44,33 % sobre el 52% de la base reguladora (832,93 €) por el tiempo de convivencia marital con el causante desde la fecha en que contrajeron matrimonio hasta la separación judicial, pero excluyendo del cálculo el período de convivencia anterior -desde 1.989- a la fecha de celebración de dicho matrimonio -febrero de 1.999- (hecho probado primero).

La magistrada de instancia, aplicando el artículo 174.2.2 de la LGSS , confirmó la resolución de la Entidad Gestora demandada, denegando la pretensión de la demandante que pedía el reconocimiento del período de convivencia de hecho a los efectos de determinar el porcentaje de prorrata de la pensión de viudedad que fija en un 69,95%, al estimar que la expresión "tiempo vivido con el cónyuge fallecido" debe interpretarse como el tiempo de convivencia matrimonial, sin tomar en consideración la convivencia anterior al matrimonio.

SEGUNDO. 1. Planteados en estos términos, la cuestión a dilucidar por esta Sala es cómo se debe repartir el porcentaje de la pensión de viudedad entre las dos beneficiarias concurrentes y, más concretamente, si la convivencia de la actora con el causante anterior a la fecha en que contrajeron matrimonio es o no irrelevante para determinar dicho porcentaje. A tal fin, la norma a interpretar es el artículo 174.2 de la LGSS , en la redacción anterior a la proporcionada por la Ley 40/2.007 -con entrada en vigor el 1 de enero de 2.008-, que es la aplicable al asunto que nos ocupa por mor de la disposición transitoria 18ª de la LGSS . Señalaba dicho precepto que "en los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio".

2. De conformidad con la doctrina unificada contenida en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1.995 (rec. núm. 1.712/1.993), al interpretar la regla tercera de la disposición adicional décima de la Ley 30/1.981, de 7 de julio que, en esencia, contiene la misma norma que la prevista en el artículo 174.2 de la LGSS , en su redacción anterior a la dada por la Ley 40/2.007, la pensión de viudedad es única y el derecho del viudo o viuda, esto es, de quien mantiene su matrimonio vigente en la fecha del hecho causante es pleno con independencia de la concurrencia de beneficiarios y, por tanto, no está sujeto a períodos de convivencia, si bien la cuantía de su pensión será el resultado de descontar del importe total de la prestación íntegra la proporción que corresponda al cónyuge divorciado, calculada en proporción al tiempo que duró la convivencia matrimonial de éste con el causante (criterio de proporcionalidad).

3. La doctrina jurisprudencial expuesta es aplicable al caso que ahora nos ocupa, pues habiendo quedado acreditado que la recurrente y el causante convivieron de hecho desde el año 1.989 y tuvieron dos hijos antes de contraer matrimonio (12 de febrero de 1.999), y maritalmente desde entonces hasta su separación judicial, que se produjo el 20 de diciembre de 2.004, aquella tiene derecho pleno a la pensión de viudedad porque



es cónyuge legítimo, habida cuenta que la separación judicial no extingue el vínculo matrimonial que estaba vigente en el momento del hecho causante (artículo 85 C.C . sensu contrario). En este punto conviene resaltar que la literalidad del artículo 174.2 de la LGSS permite afirmar que la expresión "quien sea o haya sido conyuge legítimo" debe entenderse referida al separado y al divorciado, respectivamente, pues así se deduce de la frase final de dicho precepto: "con independencia de las causas que hubieran determinado la separacion o el divorcio".

Ahora bien, como se ha indicado, aunque la actora tenga derecho pleno a la pensión de viudedad, al concurrir con otra beneficiaria, su cuantía se calculará restando la que corresponda a la primera cónyuge divorciada, calculada en proporción al tiempo que duró la convivencia matrimonial de la excónyuge con el causante (desde el 14 de junio de 1.980 al 13 de noviembre de 1.991). En consecuencia, para determinar el porcentaje de la pensión de viudedad reconocida a la demandante debe computarse todo el tiempo que convivió con el causante (desde 1.989 hasta la el 20 de diciembre de 2.004). Así lo reconoció el Tribunal Supremo (Sala IV) en la sentencia de 27 de enero de 2.004 (rec. núm. 3.610/2.002) que resuelve un supuesto similar al que ahora nos ocupa.

4. Por todo lo expuesto, procede atender a los razonamientos y pretensiones del recurrente, y, en consecuencia, con revocación de la sentencia de instancia, estimar la demanda declarando el derecho de la actora a que se le reconozca el periodo de convivencia con el causante desde 1989 hasta el 12 de febrero de 1.999 para determinar el porcentaje de prorrata que quedará fijado en el 69,95% sobre el porcentaje de la pensión de viudedad reconocida del 52% aplicable a la base reguladora -no controvertida- de 832,93€.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Dña. Azucena contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de los de Alicante, de fecha 7 de abril de 2.014 y, en consecuencia, revocamos el pronunciamiento combatido, reconociendo a la actora un porcentaje de prorrata del 69,95% sobre el porcentaje de la pensión de viudedad que tiene reconocida (52%), con una base reguladora de 832,93€, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social a acatar este pronunciamiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiendo que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600'00 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco de Santander, cuenta 4545 0000 35 2260 14. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave 66 en lugar de la clave 35. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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

PUBLICACIÓN.- En el día de hoy ha sido leída la anterior sentencia por el/a Ilmo/a Sr/a Magistrado/a Ponente en audiencia pública, de lo que yo, el /a Secretario/a judicial, doy fe.