



Roj: **STS 4795/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4795**

Id Cendoj: **28079140012010100578**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2010**

Nº de Recurso: **3715/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 3811/2009,**
STS 4795/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada el 11 de septiembre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 1063/09, formalizado por el recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo de fecha 20 de febrero de 2009, recaída en autos núm. 824/08, seguidos a instancia de D^a Marí Jose contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre PENSIÓN DE VIUDEDAD.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Letrado D. Daniel Gómez Peláez actuando en nombre y representación de D^a Marí Jose .

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 20 de febrero de 2009, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por doña Marí Jose , debo absolver y ABSUELVO a los demandados INSS y TGSS dela pretensión deducida en aquella en su contra".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **1º** La demandante doña Marí Jose con DNI nº NUM000 y nacida en República Dominicana en fecha 11-6-1963, divorciada en este país, contrajo matrimonio civil el 3-11-07 con don Onesimo (nacido en España el 11-5-1953) desde el estado civil de divorciado, y falleció este último en Oviedo (Hospital Central de Asturias) el 6.5.08. No tuvieron descendencia común. En julio de 2007, habiendo sido diagnosticado de cáncer de esófago, ingresó en el HUCA para cirugía programada -esofagectomía-. **2º**.- En noviembre de 2001 comenzaron a vivir juntos en el domicilio sito en Oviedo en C/ DIRECCION000 NUM001 , NUM002 , trasladándose posteriormente a vivir a la AVENIDA000 NUM002 , NUM003 , de la misma localiad y luego (Verano de 2006) a la CALLE000 NUM004 , NUM005 , último domicilio común hasta el óbito del Sr. Onesimo . Éste residió en C/ DIRECCION001 NUM006 , DIRECCION002 , de Oviedo hasta noviembre de 2001, conviviendo con Doña Almudena (8/8(63) desde V/1996 hasta 8.2.01. La demandante había residido hasta marzo de 2001 en DIRECCION003 NUM003 planta NUM007 de Oviedo, conviviendo desde julio de 1998 con don Justo (25-9- 1962) en este domicilio. **3º**.- En julio de 2002 abrieron una libreta de ahorro la actora y el difunto, de titularidad indistinta, en la entidad Caja Madrid. Lo mismo hicieron en enero de 2004 en la entidad La Caixa. **4º**.- La demandante solicitó pensión de



viudedad que se le reconoció a medio de resolución del INSS de data 21-5-08 si bien que con carácter temporal desde 7.5.08 a 31.5.2010, a razón del 52% de una base reguladora mensual de 770,76 €. Interpuso reclamación previa solicitando que la pensión reconocida lo fuera con los mismos datos si bien que con carácter vitalicio. 5º.- La reclamación previa fue expresamente desestimada en fecha 22.7.08 al no acreditar la constitución como pareja de hecho mediante inscripción en registro público o formalización en documento público. Se interpuso el 3-10-08 la demanda subsiguiente. 6º.- En ningún documento público ni registro público la actora y el causante formalizaron o inscribieron su constitución como pareja de hecho, con *affectio maritalis* o relación de afectividad análoga a la conyugal. 7º.- La base reguladora, porcentaje y efectos económicos *iniciales* de la pensión *vitalicia* de viudedad serían los mismos ya reconocidos en la *temporal* ".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a Marí Jose ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia con fecha 11 de septiembre de 2009, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D^{ña}. Marí Jose contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo en los autos sobre viudedad seguidos a instancia de la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, revocamos la sentencia de instancia y declaramos el derecho de la actora a percibir pensión vitalicia de viudedad en cuantía equivalente al 52% de la base reguladora de 770,76 euros mensuales, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social al abono de dicha pensión, con las mejoras y revalorizaciones legales procedentes, desde el 7 de mayo de 2008, absolviendo a la Tesorería General de la Seguridad Social".

CUARTO.- Por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 18 de noviembre de 2009, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos de fecha 6 de noviembre de 2008.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado por DOÑA Marí Jose, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de julio de 2010, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La STSJ Asturias 11/09/09 [rec. 1063/09] revocó la resolución dictada en 03/10/08 [autos 824/08] y declaró el derecho de la actora a percibir pensión de viudedad por la que se accionaba, con efectos de 7/Mayo/08 y cuantía reglamentaria. Decisión que se recurre por el INSS en unificación de doctrina, aduciendo como sentencia de contraste la dictada por el TSJ de Castilla y León/Burgos 06/11/08 [rec. 573/08] y denunciando la infracción del art. 174 LGSS, en sus apartados 1 y 3.

2.- Los hechos declarados probados de la recurrida pueden resumirse del siguiente modo: a) la actora contrajo matrimonio con Don Onesimo en 03/11/07, con el que compartía vida y domicilio desde Noviembre de 2001, circunstancia acreditada por el correspondiente empadronamiento; b) el Sr. Onesimo falleció en 06/05/08 por enfermedad común no sobrevenida tras el matrimonio y a la actora le fue reconocida pensión temporal de viudedad, «al no acreditar la constitución como pareja de hecho mediante inscripción en registro público o formalización en documento público».

Y el relato de hechos de la decisión de contraste es igualmente resumible en los siguientes términos: a) la reclamante y el causante contrajeron matrimonio en Noviembre/07, si bien habían mantenido una previa «convivencia análoga a la matrimonial» desde 1998, acreditada -también- por empadronamiento; b) el causante fallece en 10/03/08 por patología previa al matrimonio y su cónyuge se le reconoce pensión temporal de viudedad, por la misma causa que a la recurrente de autos.

3.- Esa plena identidad en los hechos se acompaña de diversa resolución, pues en tanto la recurrida entiende que la remisión del art. 174.1 LGSS al apartado 3 lo es a efectos exclusivos de acreditar convivencia previa, sin que sea exigible acreditar la constitución como pareja mediante la inscripción en registro alguno o la formalización en documento público, la decisión referencial eleva tal exigencia a categoría constitutiva aún para tales supuestos de existencia de matrimonio al que el citado apartado 1 se refiere. Con ello es palmario que estamos en presencia de pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales [recientemente, SSTS 19/01/10 -rcud 1155/09-; 20/01/10 -rcud 401/09-; 20/01/10 -rcud 809/09-; 09/02/10 -rcud 1208/09-; 10/02/10 -rcud 194/09-; y 12/02/10 -rcud 113/09-].



SEGUNDO.- 1.- La adecuada comprensión del presente debate y su justificada respuesta al mismo imponen la reproducción -parcialmente literal- del precepto a examen, el art. 174 LGSS [tras la reforma llevada a cabo por Ley 40/2007 de 4 de Diciembre].

En su apartado «1» dispone que si el fallecimiento del causante se produjese por enfermedad común previa al matrimonio, se requerirá que éste «se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente la existencia de hijos comunes». Pero que «no se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un periodo de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años».

Por su parte, este confuso apartado «3» extiende el derecho a la pensión de viudedad a «quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho», haciendo al efecto dos previsiones aparentemente descoordinadas -cuando no contradictorias-: a) que «se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes [...] acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria [...] con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años»; y b) que «la existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos [...] o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja», que -en uno y otro caso- «deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante».

2.- Tal como señala la muy reciente STS 09/06/10 [rcud 2975/09], la literalidad de la norma es demostrativa que el legislador «ha establecido, como posibles vías de acceso del miembro superviviente de la pareja a la pensión de viudedad causada por el premuerto, dos tipos distintos de vínculo jurídico previo entre ambos: a) el matrimonio [último párrafo del art. 174.1 LGSS en relación con los párrafos anteriores del mismo apartado, que utilizan la palabra "cónyuge"], y b) la pareja de hecho debidamente "legalizada" ó inscrita [párrafo cuarto del art. 174.3 en relación los párrafos anteriores del mismo apartado 3]. A partir de aquí, es preciso distinguir con claridad -sin mezclarlos ni confundirlos- los requisitos requeridos para el devengo de la prestación a través de cada una de las vías, o relaciones jurídicas, expresadas [...].

Esto sentado, queda claro asimismo que el último párrafo [o sea, el tercero] del apartado 1 contempla también la relación matrimonial -y no otra alguna- como vía de acceso a la pensión vitalicia de viudedad. Pero, con el fin de evitar los matrimonios "de conveniencia", contraídos precisamente con el único fin de devengar una pensión de viudedad cuando se teme el próximo fallecimiento del causante [interpretación teleológica que complementa a la literal -art. 3.1 "in fine" del Código Civil -], se estableció una doble cautela: por un lado, que durante un plazo anterior de duración razonable -fijado en dos años en conjunción con la del matrimonio si ésta última hubiera sido menor de un año- hubieran convivido los cónyuges, o que hubiera habido hijos comunes; y en segundo término, que la enfermedad común de la que derivó la muerte del causante haya tenido su origen antes de la celebración del matrimonio. Se trata de un supuesto especial, como lo revela la frase -" en los supuestos excepcionales..." - con la que se inicia el párrafo; pero el supuesto está comprendido, sin duda alguna, dentro de la vía matrimonial por la que se accede al devengo de la prestación. Y solo en el caso de que no concurren todos los condicionamientos establecidos en este último párrafo del art. 174.1 , es cuando se devenga únicamente la pensión con duración de solo dos años, conforme al nuevo art. 174.bis».

Y continúa afirmando nuestra precitada sentencia que «es, a su vez, el apartado 3 del art. 174 el que regula la otra vía de acceso a la pensión vitalicia de viudedad: la "pareja de hecho" que define el párrafo cuarto de este apartado. Dicho párrafo cuarto consta de dos incisos: el primero de ellos se extiende desde el inicio del párrafo hasta el primer punto y seguido, y en él se describe qué es lo que se entiende, a efectos legales, por "pareja de hecho", así como el tiempo de permanencia en esta situación que se requiere para devengar la pensión por esta vía; y el segundo inciso [desde dicho primer punto y seguido hasta el final del párrafo] está encaminado a determinar cuál es la forma -o más bien el medio adverbatorio- que el legislador ha establecido para acreditar la existencia real de la expresada relación jurídica consistente en la pareja de hecho; pero queda lo suficientemente claro que la totalidad del párrafo cuarto del art. 174.3 que comentamos está regulando, única y exclusivamente, la situación de pareja de hecho, sin referirse para nada a la matrimonial. Así lo pone indudablemente de manifiesto la dicción literal - "a efectos de lo establecido en este apartado..." , esto es, el apartado 3- con el que se inicia el párrafo».

TERCERO.- 1.- En esta misma línea, la Sala considera ahora que el apartado «3» establece -aparte de otros que al caso no vienen- la exigencia de dos simultáneos requisitos para que el miembro superviviente de la «pareja de hecho» pueda obtener la pensión de viudedad: a) de un lado, la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años [a acreditar mediante empadronamiento; o por cualquier otro medio de prueba, con especial poder de convicción, particularmente documental: SSTS 25/05/10 -rcud 2969/09-; y 09/06/10 -rcud 2975/09 -]; y b) de otro la publicidad de la situación de convivencia *more uxorio* , imponiendo -con carácter



constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento- la inscripción en el registro de parejas de hecho [en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia] o la constancia de su constitución en documento público.

La solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo [la existencia de la «pareja de hecho»], tal como pudiera deducirse de la confusa redacción del precepto, sino que los dos mandatos legales van referidos -como antes hemos señalado- a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal - *ad solemnitatem* - de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante [en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio]. O lo que es igual, la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las «parejas de derecho» y no a las genuinas «parejas de hecho».

2.- Las precedentes indicaciones nos llevan a resolver el debate en los mismos términos que la sentencia recurrida, porque si el derecho a la pensión en las singulares situaciones matrimoniales que se examinan [fallecimiento por enfermedad común previa al matrimonio que no hubiese alcanzado el año de duración] se sujeta a haberse acreditado «un periodo de convivencia ... en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años», está claro que con tal mandato el legislador únicamente está imponiendo que se cumpla el expresamente citado requisito de la convivencia [por dos años, menos la duración que haya tenido el propio matrimonio], a justificar por el correspondiente empadronamiento [u otro singular medio de prueba, conforme a nuestras indicadas sentencias de 25/05/10 -rcud 2969/09- y 09/06/10 -rcud 2975/09 -], sin que en forma alguna sea también exigible -para esa convivencia prematrimonial- el requisito de inscripción o escritura pública, que es propio de la pensión correspondiente a la «pareja de hecho» cuyo miembro supérstite pretende el derecho a la pensión, y cuya razón de ser [acreditamiento fehaciente del compromiso de convivencia] ya está cumplidamente atendido por el propio matrimonio posterior; porque -insistimos- el supuesto de que tratamos se encuadra en la vía matrimonial para el acceso a la prestación de viudedad.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia recurrida y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada. Sin imposición de costas [art. 233.1 LPL].

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 la representación del INSS y confirmamos la sentencia dictada por el TSJ de Asturias en fecha 11/Septiembre/2008 [recurso de Suplicación nº 1063/09], que a su vez había revocado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 20/02/2009 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Tres de los de Oviedo [autos 824/09], a instancia de Doña Marí Jose .

Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias ,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. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.