

BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 23 de junio de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 1233/2013

SUMARIO:

Viudedad. Prorrata en función del tiempo de convivencia. *Recurso de casación para la unificación de doctrina.* Se aplica a uniones extinguidas por causas distintas del fallecimiento de uno de los cónyuges antes de la ley 40/2007, sin mediar pensión compensatoria, y aunque no haya otros beneficiarios. Sala General. Voto particular.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 174.2 y disp. trans. decimoctava.

PONENTE:

Doña Milagros Calvo Ibarlucea.

Magistrados:

Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Don FERNANDO SALINAS MOLINA
Don JESUS GULLON RODRIGUEZ
Don JESUS SOUTO PRIETO
Don JORDI AGUSTI JULIA
Don JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ
Don JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA
Don LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ
Don MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL
Doña MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Doña MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Don MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN
Doña MILAGROS CALVO IBARLUCEA
Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Junio de dos mil catorce.

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, contra de la sentencia dictada el 18 de marzo de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación n.º 4245/2010, interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Orense, en autos núm. 326/2010, seguidos a instancias de D^a Esther frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Con fecha 17 de junio de 2010, el Juzgado de lo Social número 2 de Orense, dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO-La actora D^a. Esther, contrajo matrimonio con D. Aurelio, el 6-9-1980./ Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de esta Ciudad de fecha 6-9-2001, recaída en autos de separación n.º 495/2000, se decreto la separación legal del matrimonio aprobando el convenio regulador de fecha 28-5-2001./ SEGUNDO-El causante D. Aurelio falleció el 10-8-2009./ TERCERO-En fecha 18-

11-2009 la actora solicitó pensión de viudedad, prestación que fue denegada por Resolución de la D.P. del INSS de 23-11-2009, por no tener derecho, en el momento del fallecimiento, a la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del C.C ./ Interpuesta reclamación previa fue estimada parcialmente por Resolución de 3-3-2010, reconociendo a la actora pensión de viudedad, en cuantía líquida de 735,89-euros mensuales, resultante de aplicar a una base reguladora mensual de 2014,32-euros el porcentaje del 52% y una prorrata divorcio del 69,56% con efectos económicos del 1-1-2010."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por D^a. Esther, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro no haber lugar a la misma y, en consecuencia, absuelvo a los demandados de las pretensiones en su contra esgrimidas."

Segundo.

Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia de fecha 18 de marzo 2013, en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a Esther la Sala la revoca y declarando el derecho de la actora al percibo de la pensión de viudedad en la cuantía reconocida del 52 % de una base reguladora de 2014,32 euros pero sin prorrateo alguno, condena a la demandada a su abono en cuantía y efectos procedentes.

Tercero.

Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Instituto Nacional de la Seguridad Social recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 23 de julio de 2010 (rec. n.º 2901/10).

Cuarto.

Por providencia de esta Sala de 22 de julio de 2013, se admitió a trámite el presente recurso, dándose seguidamente traslado a la parte recurrida para impugnación.

Quinto.

Evacuado el trámite de impugnación por la representación de D^a Esther, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos señalándose para la votación y fallo el 25 de febrero de 2014. Por necesidades de servicio se suspendió dicho señalamiento y, estimándose procedente su debate por la Sala en Pleno se señaló el 18 de junio de 2014, en cuya fecha tuvo lugar. En dicho acto el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia a la Excma. Sra. Magistrado D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La demandante convivió con su esposo constante matrimonio desde el 6-9-1980, hasta decretarse la separación legal por sentencia civil de 6-9-2001 habiendo aprobado el convenio regulador el 28-5-2001. Fallecido el causante el 10-8-2009, la actora solicitó la prestación de viudedad, denegada por resolución de 23-11-2009 debido a carecer del derecho a pensión compensatoria. Su reclamación previa fue estimada parcialmente por Resolución de 3 de marzo de 2010 aplicando un porcentaje del 52% y una prorrata del 69'56 %. La demandante, disconforme con la prorrata acudió a la vía judicial siendo desestimada su pretensión por el Juzgado de lo Social cuya sentencia fue revocada en Suplicación al reconocer la prestación sin prorrateo alguno, al considerar que el artículo 174,2 de la L.G.S.S ., a tenor de su Disposición Transitoria decimoctava, no cabe calcular la prestación en función del tiempo de convivencia al no existir concurrencia de beneficiarios.

Recurre el INSS en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 23 de julio de 2010 por el T.S.J . de Madrid.

En la sentencia referencial se aplica la prorrata por el tiempo de convivencia, pese a no existir otro beneficiario, a una pensión de viudedad causada el 13 de enero de 2009, tras haberse formulado los cónyuges

demanda de separación de común acuerdo el 26 de julio de 2000, sin mediar pensión compensatoria a favor de la esposa. La Sentencia de contraste considera que la interpretación del artículo 174.2 de la L.G.S.S., en la redacción dada por la Ley 40/2007, unido a la Disposición Transitoria Decimoctava del mismo texto legal debe conducir a mantener el sistema de cálculo anterior a la Ley 40/2007.

Entre ambas resoluciones concurre la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la L.J.S.

Segundo.

La recurrente, alega la infracción del artículo 174.2 de la L.G.S.S. en relación con la Disposición Transitoria Decimoctava del mismo Texto legal.

La cuestión que se plantea consiste en decidir, en el caso de fallecimiento del causante con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre y respecto a uniones matrimoniales extinguidas con anterioridad, sin reconocimiento de pensión compensatoria, que incidencia posee el régimen transitorio en el cálculo prorrateado de la base reguladora cuando no existen otras personas beneficiarias en razón de distintas uniones.

El párrafo 2.º del n.º 1 de la Disposición Transitoria decimoctava de la LGSS en la redacción de la Ley 26/2009, establece que la cuantía de la pensión de viudedad resultante en los supuestos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad de personas divorciadas o separadas judicialmente sin pensión compensatoria amparados en esa disposición transitoria "se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la Ley 40/2007".

La legislación anterior estaba constituida por el precepto ya citado de la LGSS y por las normas reglamentarias a las que se hará referencia y que siguen vigentes con la misma redacción.

El primero, el art. 174.2 L.G.S.S. en la versión de la disposición adicional 13ª de la Ley 66/1997 establecía 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 divorcio" Por su parte, las normas reglamentarias establecían - al igual que establecen en este momento - que; 1.º) la base reguladora de la pensión será el cociente que resulte de dividir por 28 las bases de cotización de causante durante un periodo ininterrumpido de 24 mensualidades elegidas por los beneficiarios dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante" o la propia base reguladora de la pensión del causante si éste fuera pensionista de jubilación o incapacidad permanente (art. 7.2 del Decreto 1646/1972); 2º) el porcentaje aplicable era del 52% con carácter general con posibilidad de ampliación al 70 % en atención a determinadas circunstancias que incrementaran la situación de necesidad (art. 31.1 del Reglamento General de Prestaciones Económicas, aprobado por Decreto 3158/ 1966, en la redacción de los RRDD 1465/2001 y 1795/ 2003).

De esta forma la cuantía efectiva de la pensión de viudedad aplicable en cada caso tenía tres componentes, dos generales y uno específico para los supuestos de crisis matrimonial: 1.º) la base reguladora, 2º) el porcentaje aplicable y 3º) la regla de proporcionalidad en función de la convivencia con el causante para los supuestos de crisis matrimonial.

Este régimen se mantiene vigente en los dos primeros puntos pues la única modificación es la prevista en la Disposición Adicional Trigésima de la Ley 27/20011 sobre el incremento del porcentaje para los pensionistas de viudedad mayores de 65 años, modificación que es posterior a 1.1.2008 y al hecho causante, aparte de que no ha entrado en vigor por los sucesivos aplazamientos (el último en la disposición adicional 27ª de la Ley 22/2013). El tercer punto de la regulación - la regla de proporcionalidad en las crisis matrimoniales - es el único en el que ha cambiado regulación de acuerdo con lo establecido por la Ley 40/2007. Este cambio tiene efectos desde 1 de enero de 2008, conforme a la disposición final sexta de la citada Ley. Con la reforma de la Ley 20/2007 se incluye una nueva regla sobre la cuantía que toma en cuenta el efecto de sustitución de las rentas derivadas de la pensión compensatoria.

En el art. 5 La Ley 40 /2007 se da nueva redacción al art 174.2 de la LGSS en los siguientes términos:

"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 artículo 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 aquella se disminuirá hasta alcanzar, la cuantía de esta última. (...).

Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarias 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 100 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".

Estamos, por tanto, ante cinco reglas relativas a la cuantía:

- 1ª) El cálculo de la base reguladora.
- 2ª) El porcentaje aplicable.
- 3ª) La regla de prorata en las crisis matrimoniales.
- 4ª) El tope de la pensión compensatoria, que establece que la pensión de viudedad no puede superar el importe de la pensión compensatoria.
- 5ª) La regla de distribución de la pensión en caso de concurrencia de beneficiarios. que sustituye a 3.º.

Las tres primeras reglas son anteriores a 1.1.2008 y de ellas las dos primeras siguen aplicándose después; las reglas 4ª y 5ª se aplican solo a partir de 1 de enero de 2008; la 3ª no se aplica a partir de esta fecha. Hay que hacer ahora una precisión sobre la tercera regla para indicar que la misma ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de la llamada tesis atributiva, que sostiene que la regla de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de la pensión no limita su aplicación al caso de concurrencia de beneficiarios para distribuir entre ellos el importe de la prestación causada, sino que opera en todos los supuestos de crisis matrimoniales como un criterio de asignación del derecho en función del tiempo convivido. Así se desprende de las sentencias de 26 de septiembre de 2000, 17 de diciembre de 2008 y 23 de abril de 2012, así como de otras muchas que aparece citadas en las mencionadas.

A partir de estas consideraciones procede examinar lo que el párrafo 2º del número 1 de la disposición transitoria 18 de la LGSS establece para las pensiones reconocidas por hechos causantes posteriores a la entrada en vigor de la Ley 40/2007 con dispensa de la exigencia de pensión compensatoria. Para esas pensiones se prevé que "la cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la entrada en vigor de Ley 40/2007".

El problema consiste en determinar a qué normas se refiere la remisión a la legislación anterior y qué normas de la nueva legislación vigente desde 1 de enero de 2008 quedan, como consecuencia de ello, excluidas de aplicación. La respuesta es clara a partir de la exposición que se ha hecho en los fundamentos anteriores ya que:

1.º) Las normas sobre la base reguladora y el porcentaje siguen siendo las mismas antes y después de 1 de enero de 2008 ; son, por tanto, aplicables y no puede referirse a ellas la remisión de la disposición transitoria 18ª.1.2.º. No son normas de la legislación anterior, son normas actuales, vigentes.

2º) La norma sobre el tope en función del importe de la pensión compensatoria perdida debe excluirse, pues, aparte de estar vigente, solo desde 1.1. 2008, no tiene aplicación posible, pues la Disposición Transitoria Decimotava y, naturalmente, la norma de del párrafo 2º de su nº 1 solo se refiere a personas que no tenían reconocido derecho a la pensión compensatoria.

3º) La remisión solo puede operar, por tanto, sobre la regla, relativa a la prorata en caso de crisis matrimoniales, norma que ha sido derogada por la Ley 40/2007 y sustituida por el criterio distributivo que recoge ahora el nuevo art. 174. 2 LGSS en los términos ya examinados.

Lo que ha hecho la Disposición Transitoria es mantener este régimen en la medida en que su finalidad es la protección de las expectativas de derechos vinculadas a las crisis matrimoniales ante un cambio normativo que no se podía prever por los afectados.

Los argumentos de la sentencia recurrida no pueden aceptarse. No es cierto que el término "cuantía" aluda únicamente a la base reguladora y al porcentaje - Esta es la regla general, pero la cuantía efectiva de la pensión percibida y reconocida puede estar en función de otros factores y entre ellos, desde luego, la regla de prorata en función del tiempo convivido, que introduce una ponderación en atención a la duración de la convivencia, ya se trate de una ponderación atributiva o distributiva. La interpretación literal confirma esta conclusión pues tanto la versión del art 174.2 de la LGSS anterior a la Ley 40/2007, como en la actual se refieren a que el derecho a la pensión será reconocido "...en cuantía proporcional a tiempo vivido" . Esto muestra que la norma opera con un concepto amplio de cuantía que incluye la prorata y distribución proporcional, por lo que no es posible entender que en la remisión de la Disposición Transitoria Decimotava no opera la regla de prorata cuando ésta es la única norma a la que puede referirse, ya que la remisión deberá entenderse hecha a la versión anterior del artículo 174.2 de la L.G.S.S .

La resolución del INSS que cita la parte recurrida en su impugnación no puede llevar a conclusión contraria . En primer lugar, porque se refiere a la legislación vigente a partir de 1.1.2008 no a la anterior. En segundo lugar, como señala nuestra sentencia de 12 de marzo de 2013 para un supuesto semejante, porque se ha dictado por un órgano que carece de potestad reglamentaria, no consta su publicación oficial y dado su rango

se trata de meras instrucciones internas sin valor normativo alguno que no podrían en ningún caso alterar lo que dispone la ley.

Debe, por tanto, estimarse el recurso, como propone el Ministerio Fiscal, para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación desestimado el recurso de la actora. Todo ello sin imposición de costas en este recurso ni en el de suplicación.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la seguridad Social, contra de la sentencia dictada el 18 de marzo de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación n.º 4245/2010, interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Orense, en autos núm. 326/2010, seguidos a instancias de D^a Esther frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Casamos la sentencia recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por la actora y confirmamos la sentencia dictada en la instancia. Sin imposición de costas en este recurso ni en el de suplicación

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Jordi Agustí Julia, AL QUE SE ADHIEREN LOS/AS MAGISTRADOS/AS EXCMOS/AS. SRES/AS. D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga, D^a Rosa María Viroles Piñol, D^a María Lourdes Arastey Sahun Y D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel,

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en Sala General en el recurso casación unificadora número1233/2013, para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en los siguientes razonamientos y consideraciones jurídicas :

Primera.

1. No existe discrepancia en cuanto a los hechos, siendo relevantes a efectos de la cuestión controvertida, los siguientes : a) la demandante contrajo matrimonio con el causante el 6 de septiembre de 1980; b) en fecha 6 de septiembre de 2001, se dictó sentencia por la que se decretaba la separación legal del matrimonio, aprobando el convenio regulador suscrito el 28 de mayo de 2001; c) tras fallecer el causante en fecha 10 de agosto de 2009, la demandante solicitó la pensión de viudedad que inicialmente le fue denegada por el INSS, pero interpuesta reclamación previa, fue estimada parcialmente por resolución de 3 de marzo de 2010, reconociéndole la pensión de viudedad en un porcentaje del 52%, una prorrata de divorcio del 69,56%, efectos de 1 de enero de 2010 y cuantía líquida mensual de 735,89 euros; e) formulada demanda contra la citada resolución administrativa, interesando la demandante la concesión de la pensión de viudedad sin prorrateo en atención al tiempo de convivencia con el causante, fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de Ourense, e interpuesto recurso de suplicación, le fue estimado por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 18 de marzo de 2013 (recurso 4245/2010). La Sala de suplicación, fundamenta su resolución en los siguientes razonamientos : a) la Disposición Transitoria 18^a de la LGSS estableció que la cuantía se calculará de acuerdo con la normativa anterior a la Ley 40/2007, de forma que el precepto se refiere a "cuantía" de la pensión pero no al prorrateo que son cosas distintas; b) que puesto que el artículo 174 de la LGSS en la redacción anterior a enero de 2008, regulaba la pensión de viudedad en los casos de separación o divorcio "en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido", ello derivó en que existiera importante jurisprudencia que determinó que no se tenía derecho a una pensión íntegra sino a una pensión proporcional al tiempo vivido con el ex cónyuge o cónyuge separado fallecido, equiparándose la pensión de viudedad en favor del ex cónyuge divorciado cuando no concurría con otro beneficiario de la pensión de viudedad al supuesto de concurrencia con otros beneficiarios; y, c) que dicha referencia del artículo 174.2 de la LGSS a la cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido desaparece del texto de la norma que otorga el derecho cuando no se hayan contraído nuevas nupcias o constituido pareja de hecho, refiriéndose el precepto a que la cuantía será "proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante", cuando exista "concurrencia de beneficiarios", lo que implica que no sea de aplicación dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo, debiendo reconocerse el derecho a la pensión de viudedad sin prorrateo; y, f) recurre en casación unificadora el Instituto Nacional de la Seguridad Social, por entender que puesto que la Disposición Transitoria 18^a de la LGSS, determina que "la cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre", aun en el supuesto de que no exista concurrencia de beneficiarios, no puede reconocerse la pensión íntegra por remisión al artículo 174.2 de

la LGSS sino en aplicación de la jurisprudencia que afirmaba que la ausencia de otros beneficiarios no incrementa el derecho del divorciado, por lo que debe reconocerse la pensión con prorrateo en atención al tiempo de convivencia.

Invoca el Instituto recurrente para justificar la contradicción entre sentencias que exige el artículo 219 de la LRJS, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 23 de julio de 2010 (recurso 2901/2010). Consta en dicha sentencia que la demandante contrajo matrimonio el 10 de septiembre de 1968, presentando demanda de separación el 26 de junio de 2000, suscribiendo convenio regulador el 15 de agosto de 2000 y falleciendo el causante el 13 de enero de 2009. La sentencia, en lo que aquí interesa, señala que no puede percibirse el total de la pensión puesto que no hay concurrencia con otro beneficiario, ya que según la jurisprudencia que cita, la ausencia de otros beneficiarios no incrementa el derecho del divorciado".

2. A tenor de estos indiscutidos hechos, y manifestando la conformidad con el criterio mayoritario de la Sala, en el sentido de estimar acreditado el requisito de la contradicción y, por ende de viabilidad del recurso, la cuestión controvertida es estrictamente jurídica, se trata de determinar si en aplicación de la Ley 40/2007 y de Disposición Transitoria 18ª de la Ley General de la Seguridad Social, con nueva redacción al artículo 174.2 de dicha Ley, a la pensión de viudedad de la demandante, separada legalmente y que no concurre con otro u otros beneficiarios "con derecho a pensión", se le debe o no aplicar el prorrateo equivalente al tiempo de convivencia con el causante.

3. Como ya ha señalado, el Instituto Nacional de la Seguridad Social en su recurso de casación unificadora, ha estimado que puesto que la Disposición Transitoria 18ª de la LGSS, determina que "la cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre", aun en el supuesto de que no exista concurrencia de beneficiarios, no puede reconocerse la pensión íntegra por remisión al artículo 174.2 de la LGSS sino en aplicación de la jurisprudencia que afirmaba que la ausencia de otros beneficiarios no incrementa el derecho del divorciado, por lo que debe reconocerse la pensión con prorrateo en atención al tiempo de convivencia.

4. La sentencia votada mayoritariamente en Sala General, acepta, en esencia, esta argumentación jurídica del recurso, y en su consecuencia lo estima, anulando y casando la sentencia recurrida, criterio del que, con respeto, discrepo, a tenor de todo lo que a continuación expongo.

Segunda.

1. En mi opinión, el criterio mayoritario no es acorde con una interpretación integradora de la Disposición Transitoria 18ª de la Ley General de la Seguridad Social, y del artículo 174.2 de la propia LGSS, en la redacción dada al mismo por el artículo 5, apartado 3 de la Ley 40/2007, en relación con los artículos 1, 9.2 y 41 de nuestra Constitución, y con la doctrina de esta Sala -que citaré- sobre la interpretación que debe darse a las normas de Seguridad Social.

2. En el segundo -y último- de los fundamentos jurídicos de la sentencia mayoritaria, en donde se contiene la argumentación jurídica que conduce al fallo estimatorio del recurso, dos son, básicamente, sus pilares : a) la doctrina de esta Sala que configuró la denominada tesis atributiva, que sostiene que la regla de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de la pensión no limita su aplicación al caso de concurrencia de beneficiarios para distribuir entre ellos el importe de la prestación causada, sino que opera en todos los supuestos de crisis matrimoniales como un criterio de asignación del derecho en función del tiempo convivido; y, b) la afirmación de que la modificación del artículo 174.2 de la LGSS por la Ley 40/2007, no afecta a la legislación vigente a partir de 1 de enero de 2008, a lo que adiciona que "la resolución del INSS que cita la parte recurrida no puede llevar a conclusión contraria".

Tercera.

1. En relación con estas argumentaciones, mi discrepancia se fundamenta en las siguientes consideraciones :

A) Ciertamente, que la jurisprudencia de esta Sala ha venido señalando, reiteradamente, que la ausencia de otros beneficiarios no incrementa el derecho del separado o divorciado, debiendo percibir la pensión de viudedad en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido. En este sentido, es correcta -y valga por todas- la cita de la sentencia de 17 de septiembre de 2008 (rcud. 661/2006), cuando en su fundamento jurídico segundo señala que : "El recurso alega la infracción del artículo 174-2 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 45 de la Ley 23/2001, de Presupuestos Generales del Estado y con los artículos 4 y 5 y

Disposición Adicional 13 del R.D. 1464/2001, al estimar que el complemento por mínimos de la pensión de viudedad del cónyuge separado o divorciado que es beneficiario único de la pensión debe cobrarse en proporción al tiempo de convivencia con el causante, esto es en igual porcentaje que la pensión. El recurso debe prosperar porque la cuestión planteada ya ha sido resuelta por esta Sala en la sentencia de contraste y en las de 9 de diciembre de 2002 (Rec. 162/02) y 31 de mayo de 2005 (Rec. 2455/04). Tal solución se ha fundado en que la norma no reconoce varias pensiones de viudedad, sino una sola que se reparte proporcionalmente en la forma que en ella se determina, reparto que afecta, igualmente, al complemento por mínimos que forma parte integrante de una pensión contributiva, aunque su devengo se vincule a la falta de ingresos. No existen razones que justifiquen un cambio de esa doctrina que se reitera, ya que, es acorde con el espíritu que informa la normativa aplicable, pues, si el legislador hubiese querido otra cosa, lo habría dicho y habría reconocido una pensión a cada consorte del causante, siendo lo cierto que sólo ha reconocido una pensión a repartir entre quienes sean o hayan sido cónyuges del causante, sin que las normas que regulan el complemento por mínimos dispongan otra cosa con respecto a ese complemento que forma parte de la pensión. Por contra, en la normativa que regula el régimen de clases pasivas se establece un criterio de reparto del complemento que es acorde con lo aquí resuelto."

B) Ahora bien, dicha doctrina ha sostenido la citada interpretación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 174.2 de Ley General de la Seguridad Social, en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, cuando establecía que : "2. En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio." Sin embargo, el artículo 5, apartado 3 de la señalada Ley 40/2007, dio nueva redacción al apartado 2 del artículo 174 de la LGSS, en el sentido 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 concorra 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.";

D) Aun cuando ciertamente, como afirma la posición mayoritaria, estas Instrucciones, carecen de valor normativo al haber sido dictadas por un órgano que carece de potestad reglamentaria, no constando su publicación oficial, es evidente -en mi opinión- su valor interpretativo, pues la finalidad de las citadas Instrucciones no es otra, como destaca el propio Preámbulo de la Circular, que la de "coordinar y homogeneizar las actuaciones gestoras en todas las Direcciones Provinciales...";

E) Pero, es que además, como ya he subrayado, la ratio esendi de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, venía siendo la de que "..... No existen razones que justifiquen un cambio de esa doctrina que se reitera, ya que, es acorde con el espíritu que informa la normativa aplicable, pues, si el legislador hubiese querido otra cosa, lo habría dicho y habría reconocido una pensión a cada consorte del causante, siendo lo cierto que sólo ha reconocido una pensión a repartir entre quienes sean o hayan sido cónyuges del causante". Pues bien, precisamente es el Legislador, según se ha advertido, el que al suprimir, expresamente, del apartado 2 del artículo 174 de la LGSS, la expresión "...y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido,.....", lo que está estableciendo es que, cuando la persona separada judicialmente o la divorciada no concorra con otros beneficiarios "con derecho a pensión", percibirán la pensión íntegra, tal como es interpretado por el propio Instituto

demandado, según se ha expuesto, por lo que en mi opinión y con el debido respeto a la posición mayoritaria, carece de sentido mantener un criterio contrario a la opción tomada por el Legislador a partir de la Ley 40/2007, para pensiones de Viudedad que, como la aquí objeto de debate, se reconoce con efectos económicos desde 1 de enero de 2010, en aplicación de la Disposición Transitoria Decimoctava de la LGSS, en la redacción dada a la misma por la Ley 26/2009; y,

F) Finalmente, entiendo, que la interpretación que propugno resultaría más acorde no sólo con los principios del Estado social constitucional, garantizadores todos ellos de protección al beneficiario de la Seguridad Social en caso de necesidad (artículos 1, 9.2 y 41 CE), sino también con la doctrina de esta Sala - sentencia de 27 de enero de 2009 (rcud. 1354/2008), con cita de la sentencia de 27 diciembre de 1988, que a su vez evocaba la sentencia de 3 de junio de 1975 -dictada en interés de Ley-, conforme a la cual, "es imperativo que las normas de la Seguridad Social, en cuanto partícipes del mejoramiento y progreso constitutivo de la Justicia como fundamento de todo Derecho, deben interpretarse de forma y modo que su aplicación no frene su dinamismo progresivo, acorde con las garantías de asistencia y prestaciones sociales que postula la Constitución, en cuanto inherentes al Estado Social y de Derecho" ..

Cuarta.

1. Todas las consideraciones precedentes, me llevan a afirmar que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia recurrida, por lo que su pronunciamiento debería ser confirmado, previa desestimación del recurso.

Madrid, 23 de junio de 2014

PUBLICACIÓN- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Milagros Calvo Ibarlucea así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agustí Julia al que se adhieren los/las Magistrados/as Excmos/as Sres/as D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga, D^a Rosa María Viroles Piñol, D^a María Lourdes Arastey Sahun y D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.