

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

*Sentencia de 10 de noviembre de 2014*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 80/2014*

**SUMARIO:**

**Muerte y supervivencia. Viudedad. Pensión compensatoria establecida en convenio regulador que no está judicialmente aprobado.** Concurriendo una previa aprobación judicial de un primer convenio regulador -a renovar a los dos años-, muy similar al segundo, no es necesario que la pensión compensatoria haya sido fijada mediante resolución judicial para tenerla como existente a los exclusivos fines de acreditar la dependencia económica que dicha pensión comporta, máxime si entre la suscripción del segundo convenio y el fallecimiento solo ha transcurrido un mes, circunstancia que lleva a pensar que bien iba a someterse a tal trámite. Esta doctrina no puede aplicarse cuando se aprecie un comportamiento fraudulento. Por ejemplo, si se pacta una pensión compensatoria recíproca, si el importe es desmesurado (a fin de eludir el tope de la pensión de Seguridad Social), si no se tuviera intención de abonar y exigir su efectivo pago, o si se manipulase el documento que refleja el pacto.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 174.2.

Código Civil, art. 97.

**PONENTE:**

*Don Antonio Vicente Sempere Navarro.*

Magistrados:

Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Don JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ

Don LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ

Doña MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Noviembre 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 D<sup>a</sup> Maite, representada y defendida por el Letrado Sr. Pérez Sáez, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 6 de noviembre de 2013, en el recurso de suplicación n.º 670/2013, interpuesto frente a la sentencia dictada el 31 de enero de 2013 por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Albacete, en los autos n.º 130/2012, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENEAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre pensión de viudedad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado y defendido por el Letrado Sr. Cea Ayala.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro,

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Las presentes actuaciones surgen como consecuencia de una solicitud de pensión de viudedad realizada por D<sup>a</sup> Maite, en su día desestimada por el INSS y reiterada ante el Juzgado de lo Social.

La sentencia de instancia, de 31 de enero de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Albacete, contiene unos hechos probados que han permanecido inalterados en el segundo grado jurisdiccional y que

conviene reproducir de forma literal para centrar el presupuesto del debate suscitado en casación. Son los siguientes:

"PRIMERO- La actora, D<sup>a</sup> Maite, nacida el NUM000 /1970, con DNI n. NUM001, contrajo matrimonio con D. Fermín el día 20/07/1991, naciendo en el seno de dicha unión matrimonial D. Raimundo el día NUM002 /1993.

SEGUNDO. En el año 2005 se produce la separación de hecho del citado matrimonio. El día 31/07/2007 se solicita por la actora la adopción de medidas provisionales previas, dictándose Auto de fecha 02/11/2007 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Hellín en el Procedimiento de Medidas Provisionales 440/2007, acordando como medidas provisionales la separación provisional de los cónyuges quedando revocados los poderes concedidos entre ellos y la atribución de la guarda y custodia del hijo a D<sup>a</sup> Maite .

Con fecha 04/03/2009 se dicta sentencia por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Hellín, en el Procedimiento de Separación de Mutuo Acuerdo 683/2007, estimando la separación y aprobando en su totalidad la propuesta de Convenio Regulador, en el que se establece, en su apartado IV, la atribución a D<sup>a</sup> Maite de una pensión compensatoria de 220 euros mensuales durante dos años.

Con fecha 15/07/2011 se firma por ambos cónyuges nuevo Convenio Regulador, que viene a sustituir al anterior, estableciendo una nueva pensión compensatoria a favor de D<sup>a</sup>. Maite, en la cantidad de 230 euros mensuales.

TERCERO. Con fecha 15/08/2011 se declara el fallecimiento de D. Fermín .

CUARTO. Formalizada la solicitud de Pensión de Viudedad, la Dirección Provincial del INSS de Albacete resuelve con fecha 08/11/2011 denegar la prestación en base a "...no tener derecho, en el momento del fallecimiento, a la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, de acuerdo con el artículo 174.2 párrafo primero de la Ley General de la Seguridad Social ... por no ser receptor de pensión compensatoria, ni haberse producido la separación judicial y/o divorcio con anterioridad a 01 de enero de 2008, según el artículo 174.2 y Disposición Transitoria Decimoctava, de la Ley General de Seguridad Social ...".

QUINTO. Con fecha 13/12/2011 se interpone Reclamación Previa, nuevamente desestimada por la Dirección Provincial del INSS de Albacete por Resolución de 21/12/2011.

SEXTO. Se da íntegramente por producido el Expediente Administrativo obrante en actuaciones a los folios 46 a 66 y a los folios 68 a 117.

SÉPTIMO. Para el caso de estimarse la pretensión la Base Reguladora asciende a la cuantía de 2.352,78 euros y fecha de efectos de 15/08/2011".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda formulada por D<sup>a</sup> Maite contra el INSS y la TGSS, debo declarar el derecho de la actora a la percepción de la Pensión de Viudedad con Base Reguladora de 2.352,78 euros y fecha de efectos de 15/08/2011, y debo condenar y condeno al INSS y a la TGSS a estar y pasar por esta declaración".

### **Segundo.**

El 6 de noviembre de 2013 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Albacete, en los autos n.º 130/2012, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre pensión de viudedad.

La resolución considera que un acuerdo privado, sin aprobación judicial, es inoponible frente a terceros; admite que, de forma excepcional, pueda alterarse esa regla general pero destaca que no se ha practicado prueba alguna tendente a acreditar circunstancias que hubieren impedido la aprobación judicial del acuerdo (suscrito un mes antes del fallecimiento).

La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha es del tenor literal siguiente: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación del INSS y la TGSS contra la sentencia dictada el 31-1-13 por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Albacete, en virtud de demanda presentada por D<sup>a</sup> Maite contra los indicados y en consecuencia, revocando la reseñada resolución y desestimando la citada demanda rectora, debemos absolver y absolvemos a la demandada Administración de la Seguridad Social. Sin costas".

### **Tercero.**

El Letrado Sr. Pérez Sáez, en representación de D<sup>a</sup> Maite, mediante escrito de 7 de enero de 2014, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO- 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 en Valladolid), de 20 de octubre de 2009 . SEGUNDO- Se alega la infracción del art. 14 de la Constitución Española y los arts. 90, 97 y 101 del Código Civil y del art. 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social .

El escrito argumenta sobre la validez del convenio regulador firmado el 15 de julio de 2011 pues posee el contenido mínimo exigido por el Código Civil. Entiende también que denegar su eficacia comportaría una interpretación literalista y errónea de lo previsto por el art. 174 LGSS, contrariando la finalidad perseguida por el legislador.

#### **Cuarto.**

Por Diligencia de Ordenación de esta Sala de 6 de marzo de 2014 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. De forma concordante, se dio traslado del citado recurso a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Dentro del plazo habilitado al efecto, el Letrado de la Seguridad Social presentó escrito de "alegaciones" rechazando la existencia de contradicción por darse circunstancias diversas en las resoluciones contrastadas. El escrito reproduce y reitera los argumentos acogidos en la sentencia de la Sala castellano manchega para descartar que unos pactos privados estableciendo pensión compensatoria puedan desplegar efectos en materia de pensión de viudedad de la Seguridad Social.

#### **Quinto.**

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso. Entiende que las sentencias son, efectivamente, contradictorias y postula el acierto de la recurrida pues la vinculación a terceros de los acuerdos privados suscritos por los cónyuges no es la regla que consagra nuestro Derecho.

#### **Sexto.**

Instruido el Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 4 de noviembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero. Términos del debate casacional.**

Ya expuestos con detalle los antecedentes del caso, para comprender el alcance del presente recurso bastará con realizar una breve exposición de los hechos y del debate que accede a este extraordinario y excepcional tercer grado.

##### **A)El supuesto debatido.**

Los hechos litigiosos relevantes son sencillos: una viuda separada ve rechazada su solicitud de pensión como consecuencia de "no tener derecho en el momento del fallecimiento a la pensión compensatoria".

En realidad, como se explica en los hechos probados, sí posee derecho a la pensión compensatoria, pero en cuantía modesta (230 euros mensuales) y derivada de un Convenio Regulador suscrito un mes antes de la muerte y que no fue aprobado por la autoridad judicial.

##### **B)La sentencia de contraste.**

El recurso invoca, a efectos de contraste, la STSJ dictada por la Sala de Castilla y León, sede de Valladolid, en fecha 20 de Octubre de 2009 (rec. 1573/2009 ). En este supuesto, la actora había contraído matrimonio con el causante el 16 de Octubre de 1982. Por sentencia de 15 de noviembre de 2004 se decretó la separación judicial del matrimonio aprobándose el Convenio Regulador sin fijar pensión compensatoria, si bien previamente, el 10 de Enero de 1998, los cónyuges habían suscrito un documento en virtud del cual el causante reconoce a la actora el derecho a percibir la cantidad mensual de 25.000 pesetas, actualizable anualmente conforme al índice de precios al consumo, en concepto de pensión compensatoria.

El fallecimiento del causante se produjo el 9 de Junio de 2008. Interesada por la actora pensión de viudedad, le fue denegada en vía administrativa, por no tener derecho en el momento del fallecimiento a una pensión compensatoria, resolución revocada en vía judicial en instancia y confirmada en suplicación.

Para la resolución referencial, el acuerdo extrajudicial de 10 de Enero de 1998 posee validez y carácter vinculante; con él se cumple la finalidad de la norma introducida por la Ley 40/2007, pues acredita una cierta dependencia económica del beneficiario respecto del causante; además, la referencia tal regulación hace al art. 97 del Código Civil debe comprender toda pensión compensatoria, incluso aunque no haya sido aprobada

judicialmente. Adicionalmente, elimina cualquier intencionalidad fraudulenta a la que el documento extrajudicial fue suscrito antes de la muerte del causante.

#### C) La exigencia legal sobre pensión compensatoria.

Tanto para comprender los términos del debate que se nos plantea, de pura interpretación legal, cuanto para precisar si concurre la contradicción entre las resoluciones reseñadas, interesa recordar brevemente el tenor de la exigencia albergada por la LGSS sobre la pensión compensatoria en casos de pensión de viudedad.

Los cambios en la realidad social y la insatisfacción del régimen vigente en materia de pensiones de viudedad cuando se trata de proteger a quienes en el momento del fallecimiento del causante tienen la condición de antiguos cónyuges, como consecuencia de previa separación o divorcio, han propiciado sucesivas modificaciones en el tenor del artículo 174.2 LGSS. Ahora tan solo interesa atender a las relacionadas con la introducción de un requisito previo para que surja el derecho: la dependencia económica de quien aspira a percibir pensión respecto de quien ha muerto.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, introdujo la principal innovación: El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante. La Exposición de Motivos de la norma brinda escasas pistas acerca de su alcance pues se limita a exponer que "El acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas queda condicionado a la extinción por el fallecimiento del causante de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil".

Posteriormente, la Ley 26/2009, de 26 de diciembre añadió una doble precisión muy importante: 1ª) En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. 2ª) En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género.

Asimismo, esa Ley 26/2009 añadió a la LGSS una Disposición Transitoria Décimo Octava estableciendo excepciones a la exigencia de pensión compensatoria para los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores a 1 de enero de 2008, siempre que el hecho causante se hubiera producido antes de 31 de diciembre de 2009 y se cumplieran determinados requisitos adicionales. Al cabo, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, añadió nuevas previsiones flexibilizadoras para determinados colectivos que hayan cumplido los 65 años de edad.

#### D) Requisitos de la contradicción entre las sentencias.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" ( sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004 ; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006 ; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007, 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010 ).

En su escrito de impugnación del recurso, el INSS llama la atención sobre ciertas circunstancias fácticas que concurren en la sentencia de contraste y están ausentes en la recurrida, lo que impediría su comparación. El atento estudio de los casos muestra, en efecto, ciertas circunstancias dispares:

En la recurrida consta que entre la suscripción del nuevo convenio regulador y el fallecimiento del causante transcurre únicamente un mes; en el supuesto de la sentencia referencial distan diez años entre la firma del acuerdo y la muerte del esposo.

En el presente supuesto hubo ya una aprobación judicial de previo convenio, aunque expiró su vigencia, dato que no aparece en la de contraste.

En el supuesto referencial se da cuenta de que el fallecido había sido condenado por malos tratos a su cónyuge, lo que no ocurre en el presente supuesto.

El fallecimiento del caso referencial acaece menos de seis meses después de que entrase en vigor la nueva redacción de la LGSS en materia de requisitos para la pensión de viudedad en favor de ex cónyuges; en el supuesto ahora examinado el tiempo transcurrido desde ese cambio normativo se ha multiplicado por siete.

Pese a todo ello, se trata de diferencias que no han sido tomadas en cuenta por ninguna de las dos resoluciones a la hora de abordar la solución de los respectivos litigios; en consecuencia, las divergencias fácticas reseñadas acaban teniendo un carácter periférico y puede entenderse concurrente la preceptiva identidad, coincidiendo en esa valoración con el Ministerio Fiscal. Es más: las diferencias operan en sentido favorable a la posibilidad de contrastar los supuestos porque todas ellas servirían para justificar una doctrina adversa al cobro de la pensión en el caso de contraste (mientras que la sentencia lo reconoce) y para acceder a la prestación en el examinado (mientras la sentencia lo deniega). Es decir, la contradicción surge a fortiori porque las disparidades servirían, en todo caso, para alejar el cumplimiento del requisito en el caso de contraste y acercarlo en el presente.

Si atendemos a la vertiente jurídica se confirma esa valoración: pese al momento en que se produce la muerte en el supuesto de contraste (2008) no entra en juego la excepción recogida en la Disposición Transitoria 18ª LGSS como consecuencia de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, sino que en ambas resoluciones se razona acerca del alcance que posean las previsiones del artículo 174.2 LGSS tal y como fueron redactadas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

Si se repara en la crónica judicial de la sentencia de contraste es fácil comprobar que el derecho a pensión nacería por mandato de la propia LGSS pues el supuesto se encuentra expresamente contemplado en la Disposición Transitoria 18ª. Ahora bien, las fechas en que se produce la solicitud de pensión, se responde la reclamación previa, se dicta la sentencia del Juzgado y la propia de suplicación (20 octubre 2009) explican que resultara imposible haber aplicado previsiones contenidas en una Ley posterior, publicada en el BOE de 24 de diciembre de 2009; los cambios derivados de esa Ley 26/2009 son irrelevantes para la reclamación ahora decidida y decisivos para el supuesto de contraste, pero allí no pudieron ser aplicados; en consecuencia, concurre el requisito de igualdad de fundamentos pues el texto legal decisivo es idéntico.

En ambos casos quien fallece venía obligado a abonar una cuantía (230 euros en un caso; algo menos en el otro) a quien sobrevive, la Entidad Gestora deniega la pensión (por el mismo motivo, con igual fundamento) y las respuestas judiciales acaban siendo opuestas.

**Segundo.** *La exigencia legal sobre el derecho a pensión compensatoria en favor del cónyuge superviviente.*

Concurrente el presupuesto de la contradicción, procede examinar la cuestión de fondo planteada por el único motivo del recurso.

A) Las doctrinas opuestas.

Sostiene la recurrente que un convenio regulador privado, no aprobado judicialmente, puede considerarse incluido en las previsiones del artículo 174.2 de la LGSS a los efectos de causar la pensión de viudedad, sin concurrir las excepciones previstas en la D.T. 18.º de la LGSS, introducida por la Ley 26/2009. Las sentencias comparadas albergan fallos contradictorios (estimación, desestimación) y doctrinas opuestas:

Para la sentencia recurrida las partes pueden adoptar acuerdos privados que incluyan disposiciones sobre pensión compensatoria, exigibles entre ellos, pero tales acuerdos no son los aludidos en el artículo 97 del Código Civil, que se refiere por el contrario a los acuerdos formalizados por su validación judicial. "Sólo estos son oponibles frente a la entidad gestora a los efectos de considerar a la en este caso interesada, como acreedora de una pensión compensatoria en los términos exigidos por la normativa de seguridad social, que disciplina el nacimiento y dinámica de la pensión de viudedad".

Para la sentencia referencial el artículo 97 del Código Civil comprende toda pensión compensatoria establecida por la resolución judicial o pactada, no solamente en convenio regulador, sino en las modificaciones del mismo, incluso cuando esas modificaciones no hayan pasado por la aprobación judicial.

Es cierto que ambas interpretaciones prácticamente enfrentadas (valen los pactos privados, salvo fraude; no valen los pactos privados, salvo imposibilidad de sumisión judicial) dejan la puerta abierta a la contemplación de supuestos excepcionales pero ello en modo alguno les priva de su antagonismo.

Por el contrario, a la luz del criterio interpretativo acogido por la Sala con sede en Valladolid es claro que el pacto de 15 de julio de 2011 sería útil a los efectos del artículo 174.2 LGSS, máxime cuando no concurre indicio alguno de fraude.

B) Jurisprudencia sobre la exigencia de pensión compensatoria.

Las expuestas exigencias normativas sobre el derecho a percibir pensión compensatoria en el momento del fallecimiento, en las diversas versiones que han venido estando vigentes, han generado múltiples dudas



aplicativas. Una parte de ellas ha acabado por acceder a la propia casación unificadora, de modo que disponemos ya de diversos criterios hermenéuticos que debemos tomar en cuenta e interesa recordar.

a) Inoponibilidad de pactos privados.

Por su estrecha conexión con el enfoque que asume la sentencia recurrida respecto de la imposibilidad de que surta efectos frente a terceros un Convenio Regulador sin aprobación judicial interesa traer a colación los criterios acogidos para decidir qué sucede cuando diversas vicisitudes matrimoniales (en particular, separaciones o reconciliaciones) no son trasladadas al Juzgado sino que permanecen en la esfera privada.

La STS 20 enero 2004 (R. 91/2003 ) entendió que la reconciliación de los cónyuges separados no comunicada al Juzgado no impide que haya de ponderarse, en la cuantía de la pensión, el tiempo durante el cual estuvieron efectivamente separados.

En la misma línea, otras muchas veces hemos explicado que en tanto subsista y no se modifique la situación de separación matrimonial decretada judicialmente, la pensión de viudedad del cónyuge superviviente que siguió conviviendo con el causante habrá de reconocerse exclusivamente en proporción al tiempo de convivencia legal de ambos cónyuges. En tal sentido, SSTS 15 diciembre 2004 (R. 359/2004 ), 7 diciembre 2011 (R. 867/2011 ) y 23 abril 2012 (R. 3383/2011 ).

Esta última sentencia, por cierto, resuelve el caso planteado advirtiendo que se hace "sin que sea dable aplicar por analogía a la pensión de viudedad derivada del matrimonio los principios basados en la interpretación de las normas aplicables a la viudedad en las parejas de hecho ".

b) Interpretación finalista del concepto de pensión compensatoria.

Tal y como dijimos en STS de 18 septiembre 2013 (R. 2985/2012 ) lo que el art. 174.2 LGSS exige es que el cónyuge superviviente sea acreedor de una pensión compensatoria en la fecha del hecho causante y que ésta se extinga con el fallecimiento, no que la citada pensión se esté percibiendo efectivamente en el momento del fallecimiento del causante, y sin que su falta de reclamación extinga la pensión ni suponga renuncia a la misma.

Más recientemente, tras un debate en Pleno, hemos precisado que la determinación de qué ha de entenderse por pensión compensatoria debe hacerse con arreglo a un criterio finalista, al margen de la denominación que le hayan otorgado las partes; lo relevante es el requisito de dependencia económica del causante en el momento de producirse el óbito. Al respecto, véanse las SSTS 29 y 30 enero 2014 ( R. 743/2013 y R. 991/2012 ), 17 febrero 2014 (R. 1822/2013 ) o 6 mayo 2014 (R. 1344/2013 ).

**Tercero.** *Posible validez de la pensión compensatoria derivada de acuerdo privado y no fraudulento.*

A la vista de cuanto antecede estamos ya en condiciones de abordar la solución del caso y de exponer los argumentos por los cuales consideramos que, a la vista de las circunstancias concurrentes, ha de considerarse como válida la solución a que accedió la sentencia del Juzgado de lo Social de Albacete. Para eso debemos aquilatar el alcance de la remisión hecha por el art. 174.2 LGSS a la legislación civil.

A) Términos de la remisión al Código Civil.

Puesto que lo ahora discutido (si un convenio regulador privado no aprobado judicialmente puede considerarse bastante) pende de la interpretación armonizada que se haga de dos cuerpos legales (LGSS y CC) interesa prestar especial atención a la norma remitida. El artículo 174.2 LGSS, en el pasaje que se viene analizando, establece como requisito para lucrar la pensión de viudedad que las personas beneficiarias sean "acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil ".

El citado precepto de la Norma Codificada sienta dos previsiones relacionadas entre sí. Una primera para definir la pensión compensatoria o por desequilibrio económico ("compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia") y otra para especificar el cauce a cuyo través ha de surgir ("A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias").

La sentencia recurrida advierte que no hay en el CC una alternativa (pacto o sentencia) sino que los arts. 103 y 106 CC inducen a pensar que la única posible pensión compensatoria es la aprobada judicialmente; así, los acuerdos privados (como el de 15 de agosto de 2011) pueden surtir efecto entre los firmantes pero no oponerse a terceros, como es el INSS. Por su lado, la resolución de contraste considera que la remisión al art. 97 CC ha de entenderse que comprende toda pensión compensatoria establecida por la resolución judicial o pactada, no solamente en convenio regulador, sino en las modificaciones del mismo, incluso cuando esas modificaciones no hayan pasado por la aprobación judicial.

Veamos las razones por las que de esa interacción de los dos bloques normativos deriva la validez de la pensión compensatoria establecida en convenio regulador que no está judicialmente aprobado, pero que tampoco se considera fraudulento, cuando concurren circunstancias como las del presente caso. Esas razones se mueven en dos frentes: en el de la regulación remitida (Código Civil) y en el de la remitida (LGSS).

B) La remisión al CC no puede poseer carácter expansivo.

La exigencia atinente a la pensión compensatoria, como queda expuesto, constituyó una innovación restrictiva del derecho a percibir la pensión de viudedad y ha sido objeto de sucesivas matizaciones que la han dulcificado. En consecuencia, su interpretación no puede abordarse con criterios expansivos, máxime cuando están en juego prestaciones sociales ( art. 41 CE ), vinculadas a la protección social de la familia ( art. 39.1 CE ).

Sin desbordar en absoluto lo dispuesto por el legislador de Seguridad Social, lo cierto es que el art. 174.2 solo se remite al artículo 97 del Código Civil, no a un conjunto de artículos o a determinado Capítulo, Sección o Libro del mismo. De este modo, la interpretación literal de la norma remitente (primero de los criterios hermenéuticos que hemos de seguir, a tenor de lo preceptuado en el artículo 3.1 de dicho Cuerpo ) solo nos lleva a lo prevenido en el artículo 97 CC . Ese precepto, por más que haya de contextualizarse, remite la fijación de la pensión compensatoria a lo pactado, de modo que solo si falta ese "acuerdo de los cónyuges" entra en juego la decisión judicial. Que el fruto del pacto haya de integrarse posteriormente en una resolución judicial acordando las definitivas consecuencias de la separación o divorcio, como apunta el TSJ de Castilla-La Mancha, es algo ajeno tanto a la remisión de la LGSS cuanto al art. 97 CC o a la propia exigibilidad de la pensión compensatoria.

Una interpretación sistemática tampoco conduce de forma necesaria y absoluta a la solución postulada por la sentencia recurrida. Como pusiera de relieve la Resolución de 10 noviembre de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Aran. 1995, 8086), existen importantes razones que obligan a concluir que esa aprobación judicial no se ha de predicar respecto de todos los acuerdos recogidos en el convenio regulador sino, exclusivamente, de los que afectan a los hijos o de aquellos que de modo expreso quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad, como el eventual derecho de alimentos. Allí se dan hasta nueve argumentos de interpretación sistemática que tienden a reforzar ese criterio. En el mismo sentido puede verse la Resolución de 1 de septiembre de 1998 (Aran. 1998, 6593).

La STS-Civil 116/2002 de 15 febrero (rec. 4428/1997 ) explica asimismo cómo la doctrina que reconoce plena eficacia «inter partes» a los convenios entre los cónyuges, aunque carezcan de la sanción judicial, se halla plenamente consolidada en la Jurisprudencia de esta Sala, expuesta en el fundamento segundo de esta resolución. Por otro lado, y además de ello, la Sentencia de 22 de abril de 1997 distingue entre los convenios con y sin homologación judicial, y si bien considera tal homologación «conditio iuris» de eficacia del convenio regulador, en absoluto desconoce la eficacia del que no haya sido objeto de aprobación judicial en tanto que negocio jurídico válido concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255.

C) La finalidad de la LGSS queda cumplida cuando se pacta el abono de pensión compensatoria.

Abandonando interpretaciones literales, las ya citadas SSTS 29 y 30 enero 2014 ( R. 743/2013 y R. 991/2012 ), 17 febrero 2014 (R. 1822/2013 ) o 6 mayo 2014 (R. 1344/2013 ) fijan unas pautas (para poder diferenciar una pensión compensatoria de los pagos en concepto de alimentos) que son válidas también para abordar el presente problema. Decíamos allí lo siguiente:

El reconocimiento de la pensión de viudedad pasa en estos casos por determinar si en cada supuesto concreto el fallecimiento pone fin al abono de una obligación asumida por el causante con la finalidad de satisfacer ese concepto a que atiende la pensión compensatoria.

La pensión de viudedad en caso de separación o divorcio no guarda relación alguna con el estado de necesidad del beneficiario, sino con la pérdida del montante económico que aquél percibiera en el momento y a causa del fallecimiento del causante a cargo de éste.

La razón del requisito para el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimoniales se halla en la dependencia económica mantenida en el momento del óbito.

Lo que el legislador ha querido es ceñir el derecho a pensión de viudedad de quienes estaban separados o divorciados del causante a los supuestos en que la muerte pone fin a la fuente económica que el fallecido representaba, siendo así que esa identidad de razón se dará cuando el solicitante de la pensión acredite que era acreedor de pensión a cargo de aquél, sea cual sea su denominación, ó su naturaleza jurídica.

Esos mismo parámetros (valoración de lo realmente acaecido, examen de si existe dependencia económica, inocuidad de las denominaciones, atención a la materialidad) concuerdan con la interpretación que ahora postulamos: no solo resulta indiferente la denominación o naturaleza de la cuantía satisfecha, sino también que se haya establecido la obligación de abono mediante pacto o resolución judicial cuando (como en el caso) ha habido un previo acuerdo que ya fue homologado y se ha suscrito otro posterior (sin homologar) respecto del que

no aparece sombra de duda o fraude. La finalidad de la regla introducida por la Ley 40/2007 y que viene estudiándose es exigir cierta dependencia económica del beneficiario respecto del causante. Esa dependencia también concurre cuando la pensión se fija en un acuerdo extrajudicial.

La imposibilidad de oponer pactos privados frente a terceros constituye un principio de Derecho Privado pero ni puede convertirse en barrera insalvable para que operen las previsiones de la LGSS, ni posee un significado tan unívoco como para que así sea. En nuestro caso, no se trata de que de un Convenio Regulador entre cónyuges separados deriven obligaciones para el INSS, sino de que ese convenio privado se considera válido para abonar la pensión compensatoria (o exigir que así sucediera, caso de incumplirse); por tanto, de ese modo, debe entenderse concurrente la dependencia económica de quien ha sobrevivido respecto de quien ha fallecido. En casos como el presente (insistamos: con previo acuerdo incluyendo pensión compensatoria temporal homologado por el órgano judicial; con acuerdo posterior y vigente al momento del fallecimiento) carecería de sentido reconocer plenos efectos jurídicos a la obligación económica fijada y, sabiendo que existe dependencia económica de quien sobrevive, denegar la pensión con el argumento de que no puede esgrimirse frente al INSS la previa realidad; desde luego, eso no es lo que nuestra doctrina considera que late en la letra y finalidad del art. 174 LGSS .

D)La inocuidad de las alteraciones privadas en la situación matrimonial y la remisión al art. 97 CC .

La interpretación que estamos preconizando no comporta revisión alguna de la jurisprudencia respecto de la inocuidad de las reconciliaciones o separaciones mientras no se trasladen al órgano judicial. Allí se trata de alterar lo previamente acordado judicialmente, mientras que en el caso de la pensión compensatoria se está delineando una nueva obligación; allí se apunta a una única fuente constitutiva de la situación, la "sentencia de separación" ( art. 83 CC ), mientras que en nuestro caso se permite el nacimiento de la obligación de abonar pensión compensatoria a través de dos cauces, "acuerdo de los cónyuges" o "sentencia" ( art. 97 CC ).

Tampoco es inconveniente recordar que no puede equipararse la alteración del propio matrimonio con determinada obligación económica derivada de la misma. Basta recordar que el art. 76 de la Ley de 8 de julio de 1957, del Registro Civil, ha venido exigiendo la inscripción de "las sentencias y resoluciones sobre validez, nulidad o separación del matrimonio", mientras que el art. 77 solo prescribía que "podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal". Es decir: no todo hecho relevante para la institución matrimonial está afectado por las mismas exigencias de control, visado judicial y publicidad registral.

E)Conclusión: excepcional validez de pensión compensatoria sin homologación judicial.

A fin de no desbordar los confines del criterio que ahora estamos asumiendo (toma en cuenta de la pensión compensatoria derivada de convenio regulador sin homologación judicial) interesa destacar de nuevo algunos datos del supuesto examinado: a) El acuerdo privado en cuestión no era el primero, sino uno nuevo que prácticamente reproducía el anterior, ya expirado. b) El primer acuerdo regulador entre los cónyuges separados fue aprobado "en su totalidad" por el Juzgado. c) La cuantía de la pensión compensatoria incluida en el segundo convenio es similar a la del primero. d) Solo transcurre un mes entre la suscripción del segundo convenio y el fallecimiento, por lo que bien pudiera pensarse que iba a someterse a tal trámite. e) No hay denuncia o argumentación respecto de un posible fraude.

Por las expuestas razones, el debate doctrinal suscitado ha de resolverse afirmando que, concurriendo estas circunstancias (en especial, una previa aprobación judicial de un primer convenio regulador, muy similar al segundo) no es necesario que la pensión compensatoria haya sido fijada mediante resolución judicial para tenerla como existente, a los exclusivos fines de acreditar la dependencia económica que la pensión compensatoria comporta.

Lo acaecido en este supuesto, por otro lado, concuerda con el carácter temporal que la pensión compensatoria puede tener ( STS-CIV 43/2005 de 10 febrero, rec. 1876/2002 ), de modo que la inicial fijación por periodo de dos años condujo a la renovación del deber de abonarla nuevamente, manteniendo así la situación de dependencia económica de la recurrente respecto del fallecido. Parece muy razonable entender que el órgano judicial habría aprobado los términos del nuevo acuerdo y que la pensión derivada del mismo cumple exactamente la misma función que la abonada durante los dos primeros años.

No solo interesa insistir en las circunstancias concurrentes, ya enumeradas en los apartados a) a f) de un párrafo anterior, sino que también es menester advertir que esta doctrina no podría aplicarse cuando pueda apreciarse un comportamiento fraudulento. Por ejemplo, si se pactase una pensión compensatoria recíproca, si el importe fuese desmesurado (pretendiendo eludir el tope de la pensión de Seguridad Social), si no se tuviera intención de abonar y exigir su efectivo pago, si se manipulase el documento que refleja el pacto, etc.; en todos estos casos podría articularse la pertinente prueba para desvirtuar la apariencia.



**Cuarto. Estimación del recurso.**

En función de cuanto antecede, hemos de casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha en la que se había revocado la del Juzgado de Albacete por entender, en síntesis, que solo puede entenderse como pensión compensatoria, a los efectos del artículo 174.2 LGSS la reconocida en resolución judicial negando validez a la derivada de convenio regulador privado.

La resolución recurrida quebranta la doctrina que nuestras sentencias sobre denominación y naturaleza de la pensión compensatoria vienen marcando; en ellas se hace prevalecer la realidad material de dependencia económica sobre lo indicado por las formas jurídicas, sin por ello contrariarlas. Ese mismo enfoque es el que ahora asumimos aunque desde otra perspectiva: si previamente ya hubo un convenio regulador judicialmente aprobado, el nuevo se suscribe en términos análogos, el fallecimiento sobreviene un mes después y no hay atisbos de fraude, la pensión compensatoria ha de tenerse por existente.

Para resolver el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada ( art. 228.2 LRJS ), habremos de disponer lo siguiente:

a) El Convenio regulador suscrito entre el fallecido (D. Fermín ) y la demandante (D<sup>a</sup> Maite ) con fecha 15 de julio de 2011 ha de considerarse bastante para cumplir la exigencia comprendida en la remisión que el art. 174 LGSS realiza al art. 97 CC .

b) La pensión compensatoria de 230 euros mensuales reconocida por tal convenio en favor de la Sra. Maite, en cuanto válidamente establecida, ha de tomarse en consideración en orden a reconocer su derecho a pensión de viudedad.

c) Debe confirmarse la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Albacete con fecha 31 de enero de 2013, estimando la demanda de la interesada sobre reconocimiento de su derecho a pensión de viudedad.

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

**FALLAMOS**

**1-** Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Maite .

**2-** Casamos y anulamos la sentencia 11302/2013, de 6 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha.

**3-** Resolvemos el debate planteado en suplicación, desestimando el recurso de tal índole formalizado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social .

**4-** Confirmamos íntegramente la sentencia 31/2013, dictada el 31 de enero de 2013 por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Albacete, en los autos n.º 130/2012.

**5-** No ha lugar a la imposición de costas ni a la adopción de decisiones específicas respecto de consignaciones o depósitos.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, 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. Antonio V. Sempere Navarro 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.