

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 550/2018, de 18 de mayo de 2018

Sala de lo Social

Rec. n.º 3552/2016

**SUMARIO:**

**Régimen Especial Agrario por cuenta propia. Viudedad. Denegación de la pensión por el INSS y posteriormente en virtud de sentencia firme al no hallarse el causante al corriente en el pago de las cuotas en la fecha del fallecimiento (año 2000). Solicitud de la misma pensión 11 años después.** Es de aplicación al caso el criterio establecido en la STS de 31 de mayo de 2004, rec. núm. 2343/2003 (NSJ014841), con la que se modificó la doctrina jurisprudencial en esta materia, al señalar que en el REA debe operar el mecanismo de la invitación al pago en los mismos términos previstos para el RETA. Esto es extensible a quien le fue denegada en su momento la prestación en sentencia firme, ya que la cosa juzgada no constituye justificación objetiva y razonable frente al principio de igualdad de trato con los beneficiarios que se encuentran en la misma situación jurídica pero que no acudieron sin embargo a la vía judicial conformándose con una resolución administrativa que podrían ahora combatir con apoyo en esa nueva doctrina jurisprudencial. No obstante, los efectos económicos quedan sometidos a la regla del artículo 43.1 de la LGSS, con una retroactividad de 3 meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud.

**PRECEPTOS:**

Constitución Española, art. 14.

RDLeg 1/1994 (TRLGSS), art. 43.1 y disp. adic. trigésimo novena.

**PONENTE:**

*Don Sebastián Moralo Gallego.*

Magistrados:

Don JESUS GULLON RODRIGUEZ

Don MILAGROS CALVO IBARLUCEA

Don LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ

Don MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO

**UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3552/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 550/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 18 de mayo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), contra la sentencia dictada el 14 de julio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en el recurso de suplicación núm. 542/2016 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Granada, de fecha 14 de octubre de 2015 , recaída en autos núm. 361/2014, seguidos a instancia de D. Juan Ignacio y D. Clemente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre pensión de viudedad y orfandad.

Han sido partes recurridas D. Juan Ignacio y D. Clemente, representados y asistidos por el letrado D. Elías Porras Zamora.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

Con fecha 14 de octubre de 2015 el Juzgado de lo Social nº 7 de Granada dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« 1º. - D. Juan Ignacio , con DNI nº NUM000 , solicitó ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social el día 22-5-2012, pensión de viudedad y orfandad, esta última a favor de su hijo, entonces menor, D. Clemente , con DNI nº NUM001 , a raíz del fallecimiento el día 3-10-2000 de su esposa, doña Marina .

2º. - Por el INSS se dictó resolución en fecha 23-5-2012, por la que se le deniega dichas pensiones, alegando no hallarse la causante al corriente en el pago de las cuotas exigibles en la fecha del hecho causante.

3º. - En efecto, a la fecha de su fallecimiento, la Sra. Marina , en alta en el REA cuenta ajena, con el nº NUM002 , adeudaba 11 cuotas a la Seguridad Social (diciembre de 1999 hasta octubre 2000, ambos meses inclusive).

4º. - Por el Juzgado de lo Social nº 4 de Granada, se dictó Sentencia en los autos nº 213/2001, en fecha 9-10-2001, en virtud de demanda presentada por el actor en fecha 15-2-2001. Esta sentencia desestima la pretensión del mismo, consistente en el reconocimiento de las pensiones ahora objeto de este nuevo litigio, que le habían sido denegadas en un primer expediente administrativo, por el mismo motivo que se le han denegado en el que ahora se revisa. En esta sentencia se deniegan las pensiones "dado que el periodo de descubierto al momento del fallecimiento del causante excedía en mucho de los seis meses y más aún en el supuesto enjuiciado en el que ni tan siquiera procedió el actor a ingresar las cuotas adeudadas." Esta sentencia fue confirmada en sede de recurso de suplicación, deviniendo firme.

5º.- Se ha agotado la vía administrativa previa».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «Que, ESTIMANDO la excepción de cosa juzgada formulada por la parte demandada, debo desestimar la demanda formulada por D. Juan Ignacio y D. Clemente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la TGSS, absolviendo a la Seguridad Social de las peticiones formuladas en su contra».

**Segundo.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Juan Ignacio , actuando en su propio nombre y en el de su hijo, D. Clemente , entonces menor de edad, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, la cual dictó sentencia en fecha 14 de julio de 2016 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por el actor D. Juan Ignacio en su propio nombre y en el del entonces su menor hijo D. Clemente , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Siete de los de Granada, en fecha 14 de Octubre de 2015 , en Autos núm. 361/2014, seguidos a instancia del mencionado recurrente, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre pensión de viudedad y orfandad, debemos revocar y revocamos la misma al declarar el derecho del actor a las pensiones de viudedad y de orfandad solicitadas en 22 de mayo de 2012 hasta que concurra causa legal de extinción, procediendo inmediatamente a la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970 y DA 39 LGSS o art. 47 del nuevo texto refundido de la LGSS, condenando al INSS a que esté y pase por semejantes declaraciones y declarando igualmente que el abono de las pensiones reconocidas sólo se suspenderá en el caso de que el actor no atienda a la invitación al pago de la deuda pendiente prescrita, todo ello con absolución de la TGSS sin perjuicio de sus obligaciones como Servicio Común. Sin costas».

**Tercero.**

Por la representación del INSS se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Castilla y León, con sede en Burgos, en fecha 10 de noviembre de 2005 (RSU 759/2005 ). El recurso se funda en la infracción de lo dispuestos en el artículo 222 de la LEC , en relación con la DF 4ª de la LRJS , los artículos 12 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio y 46 , 53 y 56.2 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre .

**Cuarto.**

Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar improcedente el presente recurso.

**Quinto.**

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 17 de mayo de 2018, fecha en que tuvo lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

1.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora es la de determinar si debe desplegar efectos de cosa juzgada la sentencia firma recaída en un anterior procedimiento judicial en reclamación de las mismas prestaciones de seguridad social que son objeto de este proceso.

La sentencia del juzgado acoge la excepción de cosa juzgada invocada por el INSS y desestima por este motivo la demanda.

Interpone el demandante recurso de suplicación que es estimado en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Granada de 14 de julio de 2016, rec. 542/16 .

La entidad gestora formula recurso de casación para la unificación de doctrina, que se articula en un único motivo que denuncia infracción de los arts. 222 LEC , en relación con los arts. 12 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio ; y 46. 5 y 56.2 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre .

2.- Sostiene la recurrente que debe apreciarse la existencia de cosa juzgada, porque el demandante ya había reclamado en un anterior procedimiento judicial las mismas prestaciones de seguridad social que son objeto del presente, sin que sea óbice para ello la circunstancia de que con posterioridad a la sentencia firme del anterior proceso judicial se haya producido un cambio en la doctrina jurisprudencial sobre la materia y una ulterior reforma legislativa en el mismo sentido.

Se alega de contraste la sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León-Burgos, de 10 de noviembre de 2005, rec. 759/2005 .

### Segundo.

1.- Deberemos resolver en primer lugar si hay contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada de contraste, en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS , que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

2.- Los hechos relevantes de la sentencia recurrida son como siguen: 1º) en fecha 3-10-2000 se produce el fallecimiento de la esposa del actor que se encontraba afiliada y en alta en el Régimen Especial Agrario (REA) por cuenta propia; 2º) en la fecha de su defunción adeudaba las cuotas de 11 mensualidades correspondientes al periodo diciembre de 1999 a octubre de 2000 ; 3º) solicitó el actor en aquel momento pensión de viudedad y de orfandad en favor de su hijo, que le fue denegada por no encontrarse la causante al corriente de pago de las cuotas de seguridad social; 4º) frente a esa decisión formuló demanda que fue desestimada en sentencia del Juzgado de lo Social de 15-2-2001, porque el periodo de descubierto excedía de seis meses y ni tan siquiera había procedido el actor a ingresar las cuotas adeudadas por su esposa. Esta sentencia queda firme al no haber sido recurrida.

3. - En este punto es necesario recordar la evolución de la normativa legal y de la doctrina jurisprudencial en esta materia, reparando en lo siguiente:

A. El art. 22 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio , que regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social señala, en lo que ahora interesa: "En caso de muerte derivada de enfermedad común o accidente no laboral por excepción, se considerará al corriente en el pago de sus cuotas al trabajador que al fallecer tuviera cotizaciones pendientes, cuando sus derechohabientes satisfagan su importe y siempre que el período de descubierto no fuera superior a doce meses de cotización a efectos de percibir el subsidio de defunción y a seis meses respecto de las demás prestaciones".

De lo que se desprende que los causahabientes del trabajador fallecido disponen de la posibilidad de regularizar los posibles descubiertos en orden a acreditar el requisito de que el causante se encuentre al corriente de pago, siempre que la deuda no sea superior a seis meses.

B. En la fecha del hecho causante, y esto es esencial en el análisis de la contradicción y para la resolución del asunto, no se contemplaba en el REA el mecanismo de la invitación al pago previsto sin embargo para el RETA, conforme a lo dispuesto en el art. 28 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto , por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, que a estos efectos establece que "si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este régimen especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación, la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas. Si el interesado, atendiendo la invitación, ingresase las cuotas adecuadas dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, se le considerará al corriente en las mismas a efectos de la prestación solicitada".

C. Con la intención declarada de unificar en ese extremo la regulación legal de todos aquellos regímenes de seguridad social en los que el trabajador es responsable del abono de las cuotas, el art. 20 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre , de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, introduce en la LGSS la disposición adicional trigésimo novena con el siguiente tenor literal "En el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones, para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social será necesario que el causante se encuentre al corriente en el pago de las cotizaciones de la Seguridad Social, aunque la correspondiente prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo

recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena. A tales efectos, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, cualquiera que sea el Régimen de Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause ésta".

A partir del momento de la entrada en vigor de esta nueva normativa legal- actualmente incorporada en el art. 47 de la vigente LGSS -, no hay duda alguna de que el mecanismo de invitación al pago es igualmente de aplicación a los trabajadores por cuenta propia del REA.

Con el efecto jurídico añadido de que en ese caso no existe ninguna cortapisa que limite a seis meses el periodo máximo de descubiertos que pueden regularizar los causahabientes del trabajador fallecido.

D. En ese contexto se dictó la sentencia del Pleno de la Sala IV del Tribunal Supremo de 31/05/2004, rcud.2 343/2003, (posteriormente seguida por las SSTs 16/2/2006, rcud. 4878/2003; 9/11/2004, rcud. 979/2002; 26/04/2005, rcud. 2053/2004).

Supone esta sentencia un radical cambio de criterio en esta materia en tanto que en ella se dice que el mecanismo de invitación al pago previsto en el RETA debe ser igualmente aplicable a los trabajadores por cuenta propia del REA, incluso en aquellos supuestos en los que el hecho causante tuviere lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 52/2003, por entender que lo contrario supondría una vulneración del derecho fundamental a la igualdad de trato que consagra el art. 14.1 de la Constitución, al no existir ninguna justificación objetiva y razonable que permita el acomodo constitucional de la diferente regulación contenida en el REA y en el RETA respecto al requisito de estar al corriente en el pago de prestaciones y el mecanismo de la invitación al pago.

4.- Con esos antecedentes legales y jurisprudenciales en fecha 22 de mayo de 2012 el trabajador demandante vuelve a reclamar al INSS el reconocimiento de la pensión de viudedad y de orfandad, interesando que le sea ofrecida la invitación al pago para disponer de la posibilidad de regularizar la totalidad de las cuotas adeudadas por la causante.

Frente a la negativa de la entidad gestora interpone en fecha 24 de mayo de 2014 la demanda rectora de este procedimiento, en la que se acoge a los argumentos de la STS 31/05/2004, y solicita que se condene al INSS a activar el mecanismo de invitación al pago que le permita regularizar los periodos en descubierto.

Como ya hemos avanzado el INSS invoca la excepción de cosa juzgada para oponerse a la pretensión ejercitada, con base en la sentencia firme de 9-10-2001 que desestimó la anterior demanda del actor.

5.- La sentencia recurrida estima la pretensión del demandante con el argumento de que no pudo regularizar en su momento las cuotas impagadas porque superaban el período máximo de seis meses; no estaba entonces previsto legalmente el mecanismo de la invitación al pago en el REA que le hubiere permitido hacerlo; y es de fecha posterior al primer proceso judicial la sentencia del Tribunal Supremo que admite esa posibilidad.

De lo que deduce que la negativa del INSS a reconocer esa facultad amparándose en la eficacia de cosa juzgada de la sentencia recaída en aquel anterior proceso, supone una actuación discriminatoria y contraria al principio de igualdad de trato frente a otros posibles beneficiarios que no litigaron judicialmente.

### Tercero.

1.- En el supuesto de la sentencia de contraste concurren las siguientes circunstancias: 1º) el causante de la prestación de viudedad es un trabajador afiliado al REA por cuenta propia, que fallece en fecha 17-2-2002; 2º) en ese momento adeudaba las cuotas correspondientes al periodo de febrero de 2001 a enero de 2002, y por este motivo denegó el INSS la pensión de viudedad; 3º) la demanda judicial interpuesta en reclamación de la pensión de viudedad es estimada en sentencia del juzgado de lo social de 11-6-2003, posteriormente revocada por la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León de 12-11-2003 que confirma la resolución denegatoria del INSS; 4º) con posterioridad a las resoluciones administrativas que denegaron la pensión de viudedad, la interesada abonó las cuotas adeudadas por el causante y en fecha 15-2-2005 formula nueva demanda en reclamación de pensión de viudedad; 5º) en esa demanda se alega el cambio de la jurisprudencia en esta materia que ha supuesto la STS de 31/5/2004, así como de la normativa legal a raíz de la entrada en vigor de la Ley 52/2003; 6º) la sentencia referencial estima el recurso de la entidad gestora y la excepción de cosa juzgada invocada por la misma, por entender que la actora ya pudo haber alegado esos mismos argumentos en el anterior procedimiento judicial, y que el cambio jurisprudencial no puede justificar que vuelva a plantearse la misma pretensión que ya había sido desestimada en una anterior sentencia firme.

**2.-** A la vista de las sentencias en comparación hemos de apreciar la concurrencia de contradicción, puesto que en ambos casos se trata de dilucidar si debe apreciarse la existencia de cosa juzgada en razón del cambio jurisprudencial que supuso la STS 31/5/2004, rcud. 2343/2003 , en materia de acceso a la prestación de viudedad generada por el fallecimiento de un trabajador afiliado al REA por cuenta propia con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 52/2003, cuando ya se había desestimado la pretensión en un primer proceso judicial anterior a dicha sentencia que vino a extender al REA el mecanismo de invitación al pago previsto en el RETA.

Ante idéntica situación jurídica las sentencias en comparación han aplicado una divergente doctrina que es necesario unificar.

#### **Cuarto.**

**1.-** Ha tenido ya ocasión esta Sala de pronunciarse sobre la misma cuestión que subyace en este procedimiento, y que no es otra que el valor de la cosa juzgada cuando entra en colisión con el derecho a la igualdad de trato que consagra el art. 14.1 CE , conforme a la doctrina contenida en la STC 307/2006, de 23 de octubre , en la que se sienta el criterio de que la existencia de una sentencia firme con valor de cosa juzgada no puede admitirse siempre y en todo caso como una justificación objetiva de un trato desigual.

Como así ponemos de manifiesto en la STS 25/10/2017, rcud.171/2016 , nuestra anterior STS 21/1/2010, rcud.57/2009 , aplica la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la STC 307/2006 , "que entiende vulnerado el principio de igualdad cuando se aprecia la existencia de cosa juzgada en supuestos en que, debido a un cambio jurisprudencial, la Administración ha procedido a modificar el criterio de interpretación en vía administrativa, razón por la que ha de aplicarse el mismo criterio en vía judicial".

En ese mismo sentido, la STS 10/05/2010, rcud.2410/2009 , resuelve un asunto en el que se discute el alcance de la cosa juzgada en aquellas situaciones en las que un cambio en la doctrina jurisprudencial conduce a un cálculo diferente de la base reguladora de una prestación de seguridad social que ya había sido establecida y cuantificada en una anterior sentencia firme.

Al igual que en el caso de autos, se trataba de decidir si debía desplegar eficacia de cosa juzgada esa anterior sentencia firme que se pronuncia sobre uno de los elementos de una determinada prestación de seguridad social, cuando se produce posteriormente un cambio en la doctrina jurisprudencial del que se desprende un mayor beneficio para el demandante.

**2.-** En aquel supuesto el cambio de la doctrina jurisprudencial afectaba al cálculo de la cuantía de la base reguladora, mientras que en el presente incide en el mecanismo de regularización de los descubiertos de cotización, pero esa dispar circunstancia no es relevante a los efectos que ahora estamos analizando, puesto que de lo que se trata es de determinar si una ulterior modificación de la doctrina jurisprudencial puede llegar a eliminar los efectos de cosa juzgada de una previa sentencia judicial firme cuando está en juego el derecho a la igualdad de trato que consagra el art. 14.1 Constitución , que pudiere resultar vulnerado con la actuación de las entidades gestoras de seguridad social que asumen la aplicación de ese nuevo criterio jurisprudencial a las prestaciones de seguridad social solicitadas con posterioridad al cambio jurisprudencial por quienes no habían acudido anteriormente a la vía judicial, y lo deniegan sin embargo, con invocación de la cosa juzgada, frente a quienes interpusieron en su momento una reclamación judicial que terminó en sentencia firme que aplicó un criterio jurídico diferente al resultante de la nueva doctrina jurisprudencial.

Tal y como explicamos en la referida sentencia "la tesis tradicional de esta Sala del Tribunal Supremo, según la cual, reconocida una prestación con una concreta base reguladora en sentencia firme, esta decisión se convierte en inamovible por aplicación de los efectos de la cosa juzgada material de conformidad con lo dispuesto al respecto en el art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ...", debe decaer cuando se produce una situación de enfrentamiento entre el principio de cosa juzgada y el derecho constitucional a la igualdad que pregona el art. 14 de la Constitución , porque "En esta situación la solución tradicional que debe permanecer como regla general, quiebra y ha de ceder ante el indicado derecho fundamental por cuanto del contenido esencial del principio de igualdad forma parte la necesidad de dar trato igual a situaciones iguales, sin que pueda aceptarse un trato desigual carente de justificación objetiva y razonable como viene diciendo el Tribunal Constitucional de forma reiterada desde sus primeras sentencias dictadas en interpretación del indicado precepto constitucional".

En el mismo sentido nos hemos pronunciado en la STS 21/1/2010, rcud.57/2009 , que aplica la doctrina de la STC 307/2006 , en la que se concluye que "el instituto de la cosa juzgada no puede ser justificación para que la Administración depre un peor tratamiento a pensionistas que se encuentran en idéntica situación y que se verían perjudicados por el único hecho de haber acudido a los órganos jurisdiccionales para obtener el reconocimiento de su derecho. Lo que está en tela de juicio en el caso de autos es el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley ( art. 14 CE ) y frente a ello no puede oponer el INSS que la base reguladora de determinadas pensiones hubiera sido declarada en sentencia judicial firme, de la misma manera que no ha opuesto en el caso de las restantes el que su base reguladora hubiera quedado establecida por una resolución administrativa, pese a ser la misma igualmente firme al haber sido consentida y no recurrida o, incluso, al haber sido recurrida y desestimado el recurso en sede jurisdiccional".

4.- Es verdad que en todos estos asuntos se tiene de alguna forma por probado que el INSS había asumido pacíficamente el criterio derivado de la nueva doctrina jurisprudencial, respecto a beneficiarios que ya tenían reconocida la prestación conforme a los anteriores parámetros y no acudieron en su momento a la vía judicial, mientras que en el caso de autos no consta de forma expresa una actuación similar de la entidad gestora.

Pero lo cierto es que no solo no aparece recogido lo contrario, sino que ni tan siquiera el propio INSS desmiente que no estuviere aplicando aquel nuevo criterio jurisprudencial a los peticionarios de pensiones de viudedad que no litigaron en su momento, y lo que es más importante, el hecho de que el único alegato para oponerse a la pretensión del actor sea la invocación de la cosa juzgada, evidencia que la actuación de la entidad gestora es distinta respecto a quienes pudieren solicitar el mismo derecho que el actor sin haber instado anteriormente un procedimiento judicial.

La circunstancia de que la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, hubiere resuelto definitivamente la cuestión para los hechos causantes posteriores a su entrada en vigor ha reducido al mínimo el número de asuntos que pudieren verse afectados por el cambio jurisprudencial operado con la STS 31/05/2004, rcud. 2343/2003 , lo que seguramente provoca que sean muy escasos y prácticamente inexistentes los supuestos en los que el INSS ha tenido la posibilidad de aplicar de oficio esa nueva doctrina jurisprudencial y activar el mecanismo de la invitación al pago, en favor de peticionarios a quienes les hubiere denegado las prestaciones de muerte y supervivencia que no elevaron el asunto a vía judicial.

Esta singular coincidencia entre la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo que modifica el criterio jurisprudencial y la entrada en vigor de la normativa legal en el mismo sentido, impide constatar la existencia de una actuación administrativa que encaje exactamente en el supuesto contemplado en la STC 307/2006 en cuanto afirma que lo discutido en aquel caso es "la cuestión más precisa y relevante desde la perspectiva constitucional de si, habiendo decidido el INSS revisar tales pensiones, puede excluir de la revisión únicamente a aquellos pensionistas que obtuvieron su pensión como consecuencia de una resolución judicial. Y la respuesta ha de ser negativa, al ocasionarse con tal exclusión una desigualdad en el tratamiento de ciudadanos en idéntica situación que carece de justificación objetiva y razonable y que es, por ello, contraria al derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE ".

Pero esa circunstancia no impide concluir que se estaría avalando una actuación del INSS contraria al derecho a la igualdad de trato, si se admite que la invocación de la cosa juzgada prive del derecho a beneficiarse del mecanismo de la invitación al pago a quienes interpusieron demanda judicial, y no en cambio a quienes en la misma situación jurídica no acudieron a la jurisdicción y se conformaron con una resolución administrativa que podrían ahora combatir con apoyo en esa nueva doctrina jurisprudencial, de cuyos beneficios quiere sin embargo excluirse a quienes activaron la vía judicial antes de la modificación del criterio del Tribunal Supremo en la materia.

La solución adecuada para evitar la vulneración del derecho a la igualdad deparado por la Administración a unos y otros solicitantes de las prestaciones en litigio, no puede ser otra que la de rendir la eficacia de cosa juzgada frente a la primacía del derecho fundamental a la igualdad de trato.

En el bien entendido que los efectos económicos quedan sometidos a la regla del art. 43.1 LGSS , con una retroactividad de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud, tal y como ya dijimos en la STS 21-1-2010, rcud. 57/2009, en la que aplicamos la misma solución que en el presente asunto.

#### Quinto.

De acuerdo con lo razonado y de conformidad con el Ministerio Fiscal, es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina conforme a derecho lo que lleva a la desestimación del recurso, para confirmar en sus términos la resolución recurrida y declarar su firmeza. Sin costas.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

desestimar el recurso para 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 (INSS), contra la sentencia dictada el 14 de julio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en el recurso de suplicación núm. 542/2016 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Granada, de fecha 14 de octubre de 2015 , recaída en autos núm. 361/2014, seguidos a instancia de D. Juan Ignacio y D. Clemente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre pensión de viudedad y orfandad. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

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.