



Roj: **STS 4801/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4801**

Id Cendoj: **28079149912017100061**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **19/12/2017**

Nº de Recurso: **1480/2016**

Nº de Resolución: **1015/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1480/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 1015/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Dª. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Dª. Rosa Maria Viroles Piñol

Dª. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 19 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª Carmela representada y defendida por el letrado D. Andrés Julio López Rodríguez, contra la sentencia de la Sala de lo Social de Madrid, de fecha 26 de febrero de 2016, en el recurso de suplicación nº 760/2015, interpuesto frente a la sentencia dictada el 19 de junio de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid, en autos nº 1063/2014, seguidos a instancia de Dª Carmela contra la Tesorería General de la Seguridad Social e Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre pensión de viudedad.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) representado y defendido por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 19 de junio de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimando como desestimo la demanda formulada por D^a Carmela contra TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL e INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL sobre pensión de viudedad y reintegro de prestaciones, debo absolver y absuelvo a la Entidad gestora con confirmación de la resolución objeto de impugnación que supone a favor de esta el reintegro por parte de la demandante del importe de veintidós mil doscientos siete euros con setenta y tres céntimos (22.207,73), siendo conforme a derecho la nueva cuantía fijada respecto a la pensión de viudedad por la demandada; se condena pues a la demandante al reintegro a favor del Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social de la cuantía indicada».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- La actora D^a Carmela solicitó en fecha 25.05.2012 prestación de viudedad por fallecimiento de su esposo D. Eusebio .

2º.- Con fecha 19.06.2012 se reconoce a la actora el derecho a percibir pensión de viudedad sobre una base reguladora de 2.753,39 €, porcentaje 52%, siendo el importe de la pensión de 1.431,76 €, estableciéndose como fecha de extinción de la misma el 31.05.2014.

3º .- Disconforme con la fecha de extinción de la prestación, la actora interpuso reclamación previa en fecha 20.07.2012. Dicha reclamación previa fue desestimada por resolución expresa de fecha 4.09.2012.

4º .- La actora y D Eusebio contrajeron matrimonio el día 16.04.2012. El fallecimiento del esposo se produjo el 9.05.2012 en el Hospital Santa Cristina. No tienen hijos comunes.

5º .- La actora impugnó dicha Resolución, dando lugar a los Autos 1110/2012 del Juzgado Social nº 16 de Madrid, recayendo resolución desestimatoria de 25.06.2014 y confirmando la Resolución administrativa; sentencia que devino firme tras confirmación por el TSJ Madrid por Sentencia de 18.05.2015 .

6º .- Con fecha 28.04.2014, notificada 14.05.2014, se emite por la Entidad gestora un Acuerdo ordenando la apertura de expediente de revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio de beneficiarios al amparo del Real Decreto 148/1996, de 5 de febrero. - En dicho Acuerdo se establecía: "Que se ha procedido la modificación de la prestación de viudedad que viene percibiendo, al haber reconocido pensión de viudedad a D^a María Antonieta , ex cónyuge de D Eusebio , de acuerdo con lo establecido en el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social , que dice que la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40% a favor del cónyuge superviviente o del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad.- Para calcular el porcentaje de pensión que corresponde a cada beneficiario se tiene en cuenta la parte proporcional que corresponda al periodo vivido con el causante, en relación a la suma de estos periodos correspondientes a todos los beneficiarios.- El periodo total de convivencia es de 5.133 días, de los que 5.133 días corresponden a D^a María Antonieta por el periodo de 11.07.1976 a 6.07.1990, y 24 días le corresponde a usted, por el periodo de 16.04.2012 a 9.05.2012, garantizándole el porcentaje del 40%.- Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, la pensión que ahora percibe queda reducida a la cuantía mensual de 579,88 € (40% al 52%) y la cantidad que ha percibido indebidamente es de 22.207,73 €, correspondientes al periodo de 14.06.2012 a 30.04.2014."

7º .- Que D^a María Antonieta ex cónyuge de D Eusebio , tiene concedida, con motivo de su matrimonio con el causante, pensión de viudedad por Resolución de 25.07.2012; consta que contrajo matrimonio con D Eusebio el 11.07.1976, constando el 6.07.1990 Convenio Regulador de Separación y el 14.01.1991 Sentencia del Juzgado 1ª Instancia de Oviedo estableciendo la separación de mutuo acuerdo de los cónyuges. La pensión concedida fue de 248,58 €/mes minorada hasta el límite de la pensión compensatoria que venía percibiendo.

8º .- Que la actora el 6.06.2014 efectuó Alegaciones en relación al citado Acuerdo de 28.04.2014, que fueron desestimadas por Resolución de 23.07.2014.

9º .- Interpuesta Reclamación previa, fue desestimada por Resolución de 1.10.2014.

10º .- Tanto en la Resolución de 23.07.2014, como en la de la Reclamación previa de 1.10.2014, se establecía asimismo la procedencia del reintegro de la actora a la Entidad gestora por importe de 22.207,73 €.».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 26 de febrero de 2016 , en la que consta la siguiente



parte dispositiva: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Carmela contra la sentencia de fecha 19/6/2015, dictada por el Juzgado de lo Social número 35 de MADRID, en sus autos número 1063/2014. En consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el letrado Sr. López Rodríguez en representación de D^a Carmela, mediante escrito de 15 de abril de 2016, 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 Asturias de fecha 5 de abril de 2013 (Recurso de Suplicación nº 381/2013). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 174 y 174 bis de la Ley General de la Seguridad Social.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 5 de septiembre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 15 de noviembre de 2017. Por providencia de 15 de noviembre de 2017 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 LOPJ. A tal efecto, para su celebración, se señala el día 13 de diciembre de 2017, convocándose a todos los Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

1. Cuestión debatida.

Se discute si el cónyuge supérstite que concurre con el divorciado tiene derecho a que la cuantía de su pensión de viudedad (proporcional al tiempo de convivencia con el fallecido) incorpore el importe en que disminuya la pensión del ex consorte por superar el montante de la pensión compensatoria de la que fuera acreedor.

2. Hechos relevantes.

Aunque los hechos del caso se han reproducido íntegramente más arriba, interesa centrar el debate destacando los más relevantes:

A) El causante contrae matrimonio el 11 de julio de 1976. El 14 de enero de 1991 se dicta sentencia de separación que aprueba el convenio regulador, fijándose una pensión compensatoria a favor de la esposa de 248,58 € mensuales. Posteriormente, en fecha indeterminada, recae sentencia de divorcio.

B) El causante contrae nuevas nupcias el 16 de abril de 2012. El 9 de mayo de 2012 fallece, sin descendencia. Su base reguladora, a efectos de pensión de viudedad, es de 2.753,39 € mensuales.

C) El INSS reconoce a la supérstite la prestación temporal de viudedad (52 % de la base reguladora).

Asimismo reconoce pensión vitalicia de viudedad a la divorciada en cuantía inicial de 1.431,76 €, calculada en proporción al tiempo de convivencia con el causante, si bien rebaja su importe a 248,58 € mensuales, equivalente al de la pensión compensatoria que venía percibiendo.

D) Mediante resolución de 23 de julio de 2014 el INSS modifica la prestación temporal concedida a la actora como consecuencia del reconocimiento de la pensión de viudedad a la ex-cónyuge, reduciendo al 0,52 % el porcentaje de pensión que le correspondía en proporción al tiempo de convivencia con el causante, pero garantizándole el mínimo legal del 40 %.

3. Sentencia recurrida.

La demandante, viuda del fallecido, solicita que de la prestación otorgada inicialmente se deduzca solo la cuantía efectivamente allegada por la otra beneficiaria. Su pretensión es desestimada tanto en la instancia cuanto en suplicación.

En concreto, la STSJ Madrid de 26 de febrero de 2016 razona que tras la reforma introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre en el art. 174. LGSS, el criterio aplicable para la determinación inicial de la cuantía de la prestación de viudedad en supuestos de concurrencia entre el cónyuge supérstite y otro anterior ha cambiado:

Antes el primero tenía derecho a percibir la pensión íntegra menos la parte proporcional al tiempo de convivencia matrimonial que correspondiese al histórico.



Ahora la distribución de la prestación se realiza en cuantía proporcional al tiempo de convivencia matrimonial de cada uno de ellos, sin perjuicio de la garantía mínima establecida a favor del cónyuge sobreviviente.

4. Recurso de casación y escritos concordantes.

A) Disconforme la actora con la decisión adoptada por la Sala de suplicación, se alza ahora en casación unificadora, formalizando su recurso, por medio de su representación letrada, mediante escrito presentado el 15 de abril de 2016.

B) El 6 de octubre de 2016 tiene entrada en este Tribunal el escrito de impugnación al recurso presentado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, interesando su desestimación y la confirmación de la sentencia impugnada.

C) Con fecha 14 de noviembre 2016 el Ministerio Fiscal emite informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

5.- Sentencia referencial.

A fin de cumplir el requisito que para la viabilidad del recurso de casación unificadora exige el art. 219 LRJS, la actora señala y aporta como contradictoria la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 5 de abril de 2013 (rec. 381/13).

En el asunto que contempla esa resolución, el causante, fallecido el 26 de julio de 2011, había contraído un primer matrimonio el 22 de diciembre de 1962, obteniendo sentencia de separación el 7 de mayo de 1983, en la que se fijó una pensión compensatoria a favor de su esposa de 20.000 ptas. mensuales (120 euros), que posteriormente se incrementó hasta 124,56 euros. Conseguido el divorcio el 3 de marzo de 1995, celebró nuevas nupcias con la actora en el mencionado proceso, a la que el INSS, después de revisar su resolución primigenia, le reconoció pensión de viudedad en la cuantía reglamentaria, aplicando al importe resultante el porcentaje del 44,94 % en función del tiempo de convivencia matrimonial con el causante.

En lo que respecta a la anterior consorte, la Entidad Gestora le concedió la pensión de viudedad en proporción al tiempo convivido con el causante.

Formulada demanda por la supérstite contra la resolución que revisó la cuantía de la pensión y declaró la existencia de cobros indebidos con el objeto de que se redujese el importe de la pensión de viudedad de la anterior esposa hasta el tope que representa la cuantía de la pensión compensatoria, y que la diferencia acrecentase su pensión, la primera pretensión fue estimada en la instancia, pero no la segunda.

La demandante interpone recurso de suplicación, que prospera. La sentencia reitera lo dicho por otra precedente: "existiendo una obligación legal de disminuir la cuantía de la pensión de viudedad hasta alcanzar la de la pensión compensatoria, procede considerar que tal porción de pensión haya de incrementar, entonces la del cónyuge supérstite al fallecimiento del causante, quien precisamente accedería a la pensión íntegra de no concurrir ese otro beneficiario que por disposición legal ve reducida la cuantía de la pensión, no viniendo a quedar de esta forma exenta de pago por la Seguridad Social ninguna parte de la pensión única de viudedad que se origina con el fallecimiento del causante y que es la que ha de ser repartida entre todos los que resulten beneficiarios".

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

En el escrito de impugnación del recurso no se cuestiona la concurrencia del presupuesto de la contradicción doctrinal, que el Ministerio Fiscal, en su preceptivo dictamen, admite, y que esta Sala aprecia.

Ante pretensiones similares, fundadas en análoga causa de pedir, partiendo de un sustrato fáctico sustancialmente coincidente, y aplicando la misma norma legal, las sentencias comparadas mantienen criterios opuestos que les han llevado a adoptar soluciones divergentes en cuanto al derecho de la cónyuge supérstite a que su prestación de viudedad se incremente a en la suma que deja de percibir la otra beneficiaria como consecuencia de tener su pensión topada.

No obsta a la contradicción el hecho de que en el caso presente se reconociera una "prestación temporal de viudedad" porque son comunes las reglas para la determinación de su cuantía en virtud del reenvío que efectúa el artículo 174 bis LGSS.

TERCERO.- Evolución normativa y jurisprudencial.

1. Planteamiento.

A) En este procedimiento se debate acerca de una pensión de viudedad derivada de un fallecimiento que ocurre en 2012. Eso explica que las normas sobre cuyo alcance gira la discusión estén contenidas en la Ley General de



Seguridad Social de 1994 (básicamente, en su artículo 174, según redacción derivada de las modificaciones de las Leyes 40/2007 y 26/2009) y no en la Ley General de Seguridad Social de 2015 (cuyo artículo 220 contempla la "Pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial").

B) El recurso se fundamenta en la infracción del art. 174.2 LGSS/1994, tras la redacción dada por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre. Se alega, en síntesis, que en caso de concurrencia de beneficiarios si, una vez distribuida la pensión de viudedad según el criterio de " *pro rata temporis* ", queda una parte sin repartir por superar la pensión que resulta a favor del ex-cónyuge la pensión compensatoria de la que es acreedor, el sobrante debe ser asignado al cónyuge superviviente, de forma que se distribuya entre ambos beneficiarios la totalidad de la pensión.

C) La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, modificó sustancialmente las reglas para la determinación de la cuantía inicial de la pensión de viudedad en las situaciones de crisis matrimonial, por lo que el análisis de las fijadas en la legislación precedente y de la doctrina jurisprudencial recaída en su interpretación constituye obligado punto de partida para entender el escenario en que se promulgó la ordenación en vigor y valorar la trascendencia de los cambios operados por la mencionada Ley en el número 2 del art. 174 LGSS aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, norma ésta que, como advierte la STS 6 marzo 2000 (rec. 838/1999) vino a establecer un régimen jurídico de carácter definitivo, por oposición al "provisional" instaurado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que introdujo el divorcio como supuesto de disolución del matrimonio.

D) Dada la complejidad del asunto y, sobre todo, la ausencia de respuesta legislativa clara al interrogante suscitado, resulta conveniente examinar la evolución normativa descrita.

2. Regulación originaria (Ley 30/1981 y artículo 174.1 LGSS/1994).

A) La Ley 30/1981, de 7 de julio, aprueba una nueva regulación del matrimonio así como el procedimiento a seguir en los casos de crisis de tal institución, introduciendo el divorcio. Su Disposición Adicional Décima establece que con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán" las cinco normas allí contenidas. La tercera de esas reglas interinas reza así:

El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quién 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.

B) Mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) cuyo artículo 174 disciplina la "pensión de viudedad" y reitera, en su número 3 lo esencial de la expuesta regulación provisional.

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.

C) La escueta disciplina de la pensión de viudedad genera múltiples dudas para los casos de divorcio, con o sin concurrencia de personas con derecho a pensión derivada de un mismo causante. Desde luego, el legislador no se preocupa de acotar el periodo de referencia dentro del cual debe hallarse la proporción, ni si los tiempos durante los cuales no ha habido convivencia comportan una minoración de la pensión; esas y otras carencias normativas han propiciado que nuestra doctrina debiera realizar una tarea interpretativa especialmente compleja. En este sentido, interesa recordar un par de aspectos.

3. Alcance de la regulación originaria.

A) En los casos de cónyuge divorciado que no concurre al disfrute de la pensión de viudedad se hace jugar la proporcionalidad. Las SSTS 14 julio 1999 (rec. 4183/1998), 23 julio 1999 (rec. 3622/1998) y 22 marzo 2000 (rec. 2710/1999), entre otras, explican que la persona divorciada no tiene derecho a percibir el importe íntegro de la pensión de viudedad, sino que se le atribuye la parte proporcional al tiempo de convivencia matrimonial con el causante.

Esa doctrina se basa en la literalidad del art. 174.2 LGSS, pero también en la evolución histórica de la prestación: tras la introducción del divorcio lo que quiere la Ley es incorporar esa situación al panorama de la pensión, pero sin pretender variar los requisitos para obtenerla. Por ello, el tiempo de convivencia sigue siendo relevante a efectos de determinar el porcentaje de la pensión devengado.

B) En los casos de concurrencia de beneficiarios (por haber contraído nuevas nupcias el causante divorciado) se considera que quien es cónyuge al momento del fallecimiento merece la protección amplia. Las SSTS 21



marzo 1995 (rec. 1712/1993), 10 noviembre 1999 (rec. 4698/1998), 24 enero 2000 (rec. 593/1999) y 27 enero 2004 (rec. 3610/2002), entre otras, explican lo siguiente:

El derecho del cónyuge superviviente a la pensión de viudedad mediando divorcio previo del causante, se configura como un derecho pleno.

Si el cónyuge concurre con quien lo ha sido debe restarse de la cuantía de la pensión la porción que ha de asignarse al excónyuge.

La pensión del beneficiario divorciado siempre está en proporción al período que alcanzó su convivencia conyugal, actuando como módulo temporal de referencia el que va desde el matrimonio inicial (disuelto por divorcio) hasta el fallecimiento del causante.

C) Esta interpretación sobre el modo de hallar el importe de la pensión para los sujetos concurrentes suele identificarse como doctrina atributiva. Su argumento central, expuesto en resoluciones como las recién mencionadas, es el siguiente:

La regla de proporcionalidad del nº 2 del art. 174 LGSS (coincidente con la norma 3ª de la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981) se refiere exclusivamente al divorciado y al separado, pero no al viudo con matrimonio normal; la literalidad de dicha norma (..) no conduce a entender que incluya la concurrencia, dado que la mención que contiene a 'quien sea o haya sido cónyuge legítimo' debe entenderse referida al separado o divorciado, respectivamente, como lo demuestra la frase que cierra el mencionado precepto, aludiendo al dato de la independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

4. Regulación posterior (Leyes 40/2007 y 26/2009).

A) El contenido del artículo 174.2 LGSS se vio pronto alterado como consecuencia de la Ley 60/1997, de 30 de diciembre. A la regla ya examinada se añade ahora otra específica para los matrimonios nulos:

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante.

B) Es con la Ley 40/2007, de 4 de marzo, cuando aparecen importantes cambios en el precepto que examinamos, quedando redactado del siguiente modo:

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 hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. 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.

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.

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el párrafo anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios.

C) Como se observa: la Ley 40/2007 admite la posibilidad de pensión de viudedad a favor de la pareja de hecho; mantiene la regla de proporcionalidad para los supuestos de concurrencia; minorra la garantía del derecho a pensión para el excónyuge puesto que solo surge si viene percibiendo pensión compensatoria; potencia el derecho quien está vinculado al causante en el momento de fallecer (como cónyuge o pareja de hecho) a fin de que perciba al menos un 40% de la pensión.

Pese a remodelar profundamente la norma examinada, así como otras varias concordantes, el legislador sigue sin precisar cuál es el periodo de referencia dentro del cual debe hallarse la proporción; tampoco especifica si los tiempos durante los cuales no ha habido convivencia comportan una minoración de la pensión.



D) La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, introduce nuevos cambios en el primer párrafo del artículo 174.3 LGSS, que queda redactado del siguiente modo:

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, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

E) El endurecimiento de los requisitos exigidos al excónyuge para acceder a la pensión de viudedad se dulcifica con la introducción de reglas intertemporales (Disposición Transitoria 18ª LGSS), eximiendo del requisito de la pensión compensatoria en determinadas condiciones y para los "hechos causantes" producidos hasta el 31 de diciembre de 2009.

F) Como se observa, la reforma de 2009 contempla de manera específica la protección para las víctimas de violencia de género, cuestión ajena al presente procedimiento, y prosigue en la línea de debilitar los derechos del excónyuge: la pensión de viudedad que perciba (con o sin concurrencia) queda topada por el importe de la pensión compensatoria que viniera percibiendo del causante.

El nuevo cambio legislativo (dando una redacción al artículo 174.2 LGSS que ha pasado al actual art. 220 LGSS) sigue sin despejar las dudas acerca del modo de proceder en los casos de concurrencia de beneficiarios (periodo de referencia, efectos de los tiempos sin convivencia matrimonial o análoga). Veamos seguidamente si se puede precisar mejor su alcance.

5. Alcance de la regulación aplicable al caso.

A) Ahora la situación del excónyuge que sea titular único de la pensión ha cambiado de manera relevante respecto de la precedente.

Por un lado, la redacción legal ya no le extiende el principio de proporcionalidad (lo que significa que tiene derecho a percibir la pensión completa). La STS de 23 junio 2014 (rec. 1233/2013 ; Pleno) explica que a las nuevas pensiones de viudedad ya no se les aplica 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

Por otro lado, la redacción legal limita la cuantía de la pensión en estos casos puesto que no puede superar el importe de la pensión compensatoria que se venga percibiendo.

Como recuerda la STS 786/2017 de 11 octubre (rec. 3911/2015 ; Pleno), la Ley 20/2007 sólo impone el reparto proporcional al tiempo vivido con el causante cuando se produce la concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión. Ello supone que, para los hechos causantes posteriores a la citada norma legal, la situación del viudo divorciado solo está afectada -por lo que a la cuantía de la pensión se refiere- de concurrir con otro beneficiario.

B) Más compleja parece la situación cuando el cónyuge supérstite concurre con el excónyuge. En este caso la norma indica que " *será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante* ".

Se opta así, como ha resaltado la STS de 23 junio 2014 (rec. 1233/2013) por la llamada " *tesis distributiva* ", en razón de la cual los períodos en los que el causante no mantuvo convivencia matrimonial con ninguno de los beneficiarios, se distribuyen entre ellos con arreglo al tiempo vivido con aquél, frente a la situación anterior en la que se le atribuían al cónyuge sobreviviente.

Por otro lado, como se ha visto, opera la regla atenuadora de la estricta proporcionalidad: al cónyuge superviviente se le garantiza en todo caso un porcentaje del 40%.

6. Recapitulación.



La evolución normativa descrita pone de manifiesto la existencia de dos reformas sucesivas con incidencia en la cuestión sometida a la consideración de la Sala. La primera afecta a las reglas para la determinación de la cuantía de la pensión en situaciones de concurrencia de beneficiarios. El cambio lo lleva a cabo la Ley 40/2007, al consagrar en el párrafo segundo del art. 174.2 como regla principal de reparto el criterio distributivo "prorrata temporis" en consideración al tiempo efectivo de convivencia de cada uno de los beneficiarios con el causante, e incluir una regla adicional de acuerdo con la cual el cónyuge supérstite tiene derecho en todo caso a percibir el 40 % de la pensión.

De esta forma el legislador conjuga dos intereses básicos que estima susceptibles de protección: uno derivado de la duración de la convivencia con el causante, y otro de la vigencia del vínculo en el momento del óbito, generadora de un especial desequilibrio económico (STC 186/2004).

A esta reforma se agrega la que la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, efectúa en el párrafo primero de ese mismo apartado y precepto. La norma limita la cuantía de la pensión de viudedad del cónyuge separado judicialmente o divorciado a la de la pensión compensatoria, a cuyos efectos, según establece la STS 20 abril 2015 (rec. 1326/2014), ha de estarse al importe fijado en la sentencia firme de separación o divorcio, directamente u homologando el acuerdo entre las partes sobre tal extremo.

CUARTO.- Pensión de viudedad topada y concurrente.

A partir de las referidas premisas debemos abordar frontalmente la resolución del recurso y precisar qué sucede, tras las reformas legislativas de 2007 y 2009, cuando la pensión de viudedad del excónyuge supera la cuantía de la pensión compensatoria y existe cónyuge supérstite con derecho a pensión.

1. Las doctrinas enfrentadas.

A) La sentencia recurrida (cuya doctrina asume el INSS y el Ministerio Fiscal) insiste en la literalidad del artículo 174.2 LGSS y en la proporcionalidad.

La pensión del cónyuge superviviente que concurre con el divorciado aparece como un derecho cuantitativamente limitado a la parte proporcional que corresponda al tiempo de convivencia con el causante, con la garantía mínima del 40 % de la pensión. El importe resultante no puede aumentarse con el decremento experimentado por la pensión de viudedad a la que tiene derecho el cónyuge divorciado conforme a esas mismas reglas de reparto.

El cónyuge supérstite carece de título jurídico para obtener el referido incremento, con la consecuencia de que esa parte de la prestación no se haría efectiva a nadie.

B) La sentencia referencial (cuya doctrina defiende la recurrente) considera que la muerte del causante genera una pensión completa que debe abonarse en su totalidad a los beneficiarios.

De este modo, si efectuada la distribución conforme a las reglas marcadas, la cuantía de la pensión de viudedad a percibir por el divorciado en virtud del tope legal es inferior a la que resulta de su aplicación, la diferencia debe incrementar la reconocida al supérstite.

C) Antes de resolver ese dilema, interesa recordar la función doctrinal que el recurso de casación unificadora posee.

Las doctrinas contrapuestas no constituyen un dilema puro que obligue a optar entre las posiciones comparadas. Cuando no coincidamos exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que apliquemos la doctrina correcta, pues «superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas», sino que «debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada». Así se dice, por ejemplo, en SSTS 14 julio 1992 (rec. 2273/1991), 11 febrero 2014 (rec. 323/2013) o 23 junio 2014 (rec. 1257/2013 , Pleno).

Esta interpretación del papel que nos corresponde al resolver el recurso de casación unificadora ha sido considerada correcta por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina. «Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores», siempre que resuelva «el debate planteado en suplicación» (STC 172/1994, de 7/Junio , FJ 3).

2. Interpretación de la nueva regulación.

Consideramos que la solución acertada es la que contiene la sentencia de contraste, pero basándola en argumentos distintos de los que contiene. Veamos seguidamente las razones de nuestra posición.



A) Inadecuación del canon gramatical para dirimir la cuestión planteada

Es innegable que la estricta literalidad del art. 174.2.II LGSS, tras la Ley 40/2007, apunta a una estricta proporcionalidad (con la cautela del 40%). Sin embargo, eso no significa que el problema abordado deba resolverse con ese criterio, puesto que se trata de cuestión no contemplada por la norma.

Las reformas de 2007 y 2009 ignoran la situación que aquí se dirime. De ahí que su silencio no pueda entenderse como equivalente a su voluntad tácita de descartar la incidencia de la aplicación de ese límite a efectos del reparto de la pensión. Ni se han aportado al litigio ni conocemos antecedentes o de elementos contextuales o de otro tipo que avalen tal intención.

Sí existe, por el contrario, un punto de partida que inclina a descartar ese significado del silencio normativo: la Ley 40/2007 presupone que el importe de la pensión se reparte en su integridad, sin excepción, entre todos los beneficiarios.

B) Teleología de la nueva regulación

Como hemos apuntado más arriba, la clara finalidad de la limitación introducida por la Ley 26/2009 en el art. 174.2.I LGSS es la de evitar la excesiva protección del excónyuge. Por eso el tope implantado (referido al importe de la pensión compensatoria) opera con independencia de que concorra con otra persona o sea el único beneficiario.

De esta medida no deducimos que deba reducirse el importe de la pensión lucrada por los beneficiarios concurrentes. Si el cónyuge superviviente percibe la pensión íntegra cuando no concurre con otra persona, carece de lógica que cuando sí concurre la consecuencia sea que una parte de la pensión deja de disfrutarse y "se pierde".

Por el contrario, a la vista del fundamento y propósito de las disposiciones reseñadas, entendemos que el hecho de que la fracción del cónyuge divorciado supere la cuantía de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta a la hora de repartir la pensión de viudedad.

Añadamos que el derecho del excónyuge a percibir pensión compensatoria es anterior al hecho causante de la prestación y que despliega toda su virtualidad en la fase de determinación de la cuantía inicial de la pensión de viudedad. No estamos ante una vicisitud posterior a la fijación de la cuantía de la pensión. Lo que está en juego no es el derecho del cónyuge superviviente al acrecimiento de la pensión de viudedad por el acaecimiento de un hecho sobrevenido tiempo después de una asignación definitivamente consumada.

C) Interpretación sistemática

A las consideraciones precedentes debe añadirse que la regulación introducida por la Ley 40/2007 está inspirada en la idea del abono íntegro de la pensión de viudedad, concebida como una pensión única, tanto de existir un único beneficiario - sea el cónyuge superviviente o el divorciado-, como de concurrir varios.

Con la regulación actual, a partir del hecho causante se genera una pensión completa que debe repartirse entre sus beneficiarios, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad convivencial. Da la impresión de que la LGSS primero equipara a los sujetos concurrentes (proporcionalidad), pero inmediatamente introduce una doble corrección: cuantía mínima del 40% (para el cónyuge o pareja conviviente) y tope máximo de la pensión compensatoria (para el excónyuge).

De ese modo, opera una especie de vasos comunicantes porque la bajada o subida de la pensión percibida por cada uno de los beneficiarios repercute en el otro. Esta concepción justifica la aplicación del principio de coherencia como argumento de interpretación, que conduce asimismo a la solución apuntada: cuando la pensión del excónyuge debe minorarse porque supera el importe de la compensatoria, esa misma porción minorada se traslada a la pensión del cónyuge (o pareja) conviviente.

Dicho de otro modo: carecería de sentido que, en unas mismas condiciones, el cónyuge percibiera la pensión íntegramente en caso de no concurrir con otro sujeto y que en caso de darse tal concurrencia el resultado fuera que una parte de la pensión no se abona a ninguno de los beneficiarios.

3. Estimación del recurso.

A) Por las razones expuestas, entendemos que al importe de pensión de viudedad que le corresponde al cónyuge superviviente (en proporción al tiempo de convivencia con el causante) se le debe añadir la porción de pensión que (en razón de ese mismo parámetro) le correspondería al excónyuge pero que exceda el importe de su pensión compensatoria.

B) Conforme al artículo 228.2 LRJS, *si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con*



pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe.

C) A la vista de cuanto antecede, debemos estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la actora, casando u anulando la sentencia recurrida, que interpretó erróneamente el art. 174.2 LGSS .

Asimismo, debemos resolver el debate habido de suplicación de acuerdo con la doctrina sentada. Ello supone la estimación del recurso de tal clase formulado en su día por la demandante, la revocación de la sentencia de instancia y la estimación de la demanda origen de las actuaciones en los términos que se especifican en la parte dispositiva, sin que haya lugar a pronunciamiento sobre costas (art. 235.1 LRJS).

FALLO

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

- 1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D^a Carmela .
- 2) Casar y anular la sentencia 162/2016 de 26 de febrero dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid .
- 3) Resolver el debate planteado en suplicación estimando el recurso de tal índole formalizado por D^a Carmela .
- 4) Revocar la sentencia que en fecha 19 de junio de 2015 pronunciada el Juzgado de lo Social núm. 35 de los de Madrid en los autos 1063/2014.
- 5) Estimar la demanda formulada por la actora, declarando su derecho a percibir la prestación temporal de viudedad en la cuantía reconocida inicialmente con deducción de la cantidad de 248,58 euros mensuales, reduciendo el importe de la cantidad a reintegrar al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social a la que resulte de la referida cuantía.
- 6) No ha lugar a la imposición de costas respecto de ninguno de los recursos.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego

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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.