

Roj: STS 4789/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4789
Id Cendoj: 28079140012016100766
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1787/2015
Nº de Resolución: 856/2016
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, D.^a María Ángeles Lozano Mostazo, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), contra la sentencia dictada el 27 de febrero de 2015, por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 3215/2013 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo, de fecha 24 de mayo de 2013 , recaída en autos núm. 200/2013, seguidos en virtud de demanda promovida por D.^a Belinda contra el INSS, sobre pensión de viudedad.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24 de mayo de 2013 el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« **1º.-** La demandante doña Belinda , nacida el NUM000 de 1945, contrajo matrimonio con don Jesús Luis el 4 de noviembre de 1969 y tuvieron 5 hijos. Se separaron judicialmente el 17 de marzo de 1987, estableciéndose en la sentencia pensión compensatoria y alimentos. Se divorciaron el 30 de septiembre de 1991, con convenio regulador en el que, si bien se mantenía la pensión por alimentos, se renunció a la pensión compensatoria.

2º.- El causante falleció el 12 de septiembre de 2012.

3º .- Solicitó la demandante la prestación el 13 de noviembre de 2012 y por medio de resolución administrativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 14 de noviembre de 2012 le fue denegada la misma, por haber transcurrido un período superior de diez años entre la fecha de divorcio y la fecha de fallecimiento del causante.

4º .- En los antecedentes de hecho de la sentencia se refiere que en la demanda se refiere que el causante maltrataba física y moralmente a su esposa e hijos

5º .- Ha sido agotada la vía administrativa previa».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda interpuesta por doña Belinda , debo declarar y declaro el derecho de la demandante a percibir la prestación de viudedad, y condeno al Instituto Nacional de la Seguridad a estar y pasar por esta declaración, y al abono de la misma».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 27 de febrero de 2015 , en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta el siguiente fallo: «Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, de fecha 24 de mayo de 2013 , en autos 200/2013 sobre pensión de viudedad, que confirmamos».

TERCERO.- Por la representación letrada del INSS se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 23 de abril de 2015. Se elige como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, en fecha 29 de abril de 2009 (RCUD. 577/2008), considerando la parte que la sentencia recurrida incurre en infracción por aplicación indebida de la disposición transitoria decimoctava, apartado 2 de la LGSS , y en infracción del artículo 2.1 y 3 del Código Civil .

CUARTO.- Con fecha 17 de septiembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso. Y no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso formalizado debería ser desestimado por falta de contradicción.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de octubre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Como ya hemos puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho, la sentencia recurrida en casación para la unificación de doctrina es la dictada por la Sala Social del TSJ de Galicia de 27 de febrero de 2015, rec. 3215/2013 , que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social 2 de Vigo de 24 de mayo de 2013 , en la que se reconoció a la actora el derecho a la pensión de viudedad en aplicación de lo dispuesto en el apartado segundo de la Disposición Transitoria Decimoctava del TRLGSS, introducida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto , acogiéndose al criterio acuñado por la STS de 15 de febrero 2012, rec. 4262/2010 , que en interpretación del apartado primero de aquella misma disposición transitoria admite que el órgano judicial pueda aplicar la norma aunque su entrada en vigor sea posterior a la fecha del hecho causante, porque su finalidad era precisamente la de dar cobertura a situaciones ya producidas con anterioridad.

Se invoca como sentencia de contraste la STS de 29 de abril de 2009, rec. 577/2008 , en la que se consideró que no era posible la aplicación retroactiva de la Ley 13/2005, de 7 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, a un supuesto en el que el fallecimiento del causante se había producido con anterioridad a la entrada en vigor de esa nueva normativa.

2.- El Ministerio Fiscal en su informe considera que no concurre la necesaria contradicción y postula por ese motivo la desestimación del recurso, entendiendo que no podría tampoco prosperar por razón del fondo del asunto.

SEGUNDO . 1.- Analicemos si efectivamente hay contradicción 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.

2.- Los hechos a tener en cuenta en el caso de la sentencia recurrida, son como siguen: 1º) la demandante nace el NUM000 de 1945 y contrae matrimonio en fecha 6 de abril de 1969, fruto del cual ha tenido cinco hijos; 2º) en fecha 17 de marzo de 1987 se separa judicialmente de su esposo, y el 30 de septiembre de 1991 se dicta sentencia de divorcio de mutuo acuerdo, renunciando la actora a pensión compensatoria; 3º) el causante fallece el 12 de septiembre de 2012 y la demandante solicita la pensión de viudedad el 13 de noviembre de 2012, con 67 años de edad.

En estas circunstancias, la sentencia considera de aplicación lo dispuesto en el apartado segundo disposición transitoria decimoctava del TRLGSS, introducido por la Ley 27/2011, de 1 de agosto , en el que se establece "También tendrán derecho a la pensión de viudedad las personas que se encuentren en la situación señalada en el primer párrafo del apartado anterior, aunque no reúnan los requisitos señalados en el mismo, siempre que se trate de personas con 65 o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a 15 años. La pensión se reconocerá en los términos previstos en el apartado anterior". Como ya hemos dicho, no considera impedimento para su aplicación la circunstancia de que esta norma no entre en vigor hasta el 1 de enero de 2013.

3.- En el caso de la sentencia referencial: 1º) el demandante había convivido como pareja de hecho del causante durante quince años, hasta su fallecimiento el 3 de julio de 2003; 2º) en fecha 5 de septiembre de 1996 se habían escrito como pareja de hecho en el Registro Municipal de Uniones de Hecho; 3º) el actor solicita la pensión de viudedad el 13 de junio de 2006, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil y se reconoce el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio.

Así las cosas, la sentencia de contraste deniega la pensión de viudedad al entender que la Ley 13/2005 lo que hace es instaurar un nuevo régimen jurídico, construyendo con ello un diferente marco de derechos y deberes que antes no tenían las parejas del mismo sexo, sin que el legislador hubiere otorgado efectos retroactivos a esa nueva normativa.

TERCERO. 1.- En coincidencia con la opinión el Ministerio Fiscal, no es posible apreciar contradicción entre ambas sentencias.

Bien es cierto que en los dos casos se trata de decidir la posibilidad y los términos en que pueda ser aplicada una determinada norma jurídica al hecho causante de la viudedad que tiene lugar antes de su entrada en vigor, pero esta es la única coincidencia que se produce entre uno y otro asunto, siendo que en todo los demás son marcadamente diferentes las circunstancias de hecho y de derecho concurrentes, no solo porque no esté en juego la aplicación del mismo precepto legal, sino, porque cada una de las normas de aplicación en cada caso está dotada de un particular y distinto contenido en orden a su eventual aplicación a hechos causantes anteriores a su respectiva entrada en vigor.

2.- La sentencia recurrida aplica lo dispuesto en el número segundo de la disposición transitoria decimoctava del TRLGSS, que como el propio precepto titula se trata de una "Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008".

Esta disposición fue introducida en su redacción original por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, posteriormente modificada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, cuya disposición final séptima añade el nuevo apartado segundo en los términos que ya hemos reflejado a la vez que difiere su entrada en vigor a 1 de enero de 2013.

Bajo estos parámetros legales se trata de resolver si puede aplicarse esa norma cuando el fallecimiento del causante se produjo el 12 de septiembre de 2012, antes de su vigencia.

A lo que la sentencia recurrida da una respuesta afirmativa acogiendo expresamente al mismo criterio aplicado en la STS de 15 de febrero de 2012 (rec. 4262/2010), que resuelve un asunto relativo a la aplicación del apartado primero de esa misma disposición transitoria decimoctava del TRLGSS y en el que efectivamente se planteaba el mismo problema de transitoriedad. Razona nuestra precitada sentencia que la finalidad de la disposición transitoria introducida por la Ley 26/2009 es la de dispensar en ciertas situaciones el requisito previsto en el art. 174.2 de la LGSS de ser acreedor de pensión compensatoria en los casos de separación y divorcio, desapareciendo esta exigencia y aplicándose tal beneficio a los hechos causantes producidos entre 1 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2009, por lo que concluye que no hay obstáculo legal para que aquel apartado primero de la disposición transitoria decimoctava pudiese ser invocada por la solicitante de una pensión de viudedad en la que el hecho causante se produjo el 23 de junio de 2009, pese a que de la entrada en vigor de la Ley 26/2009 sea el 1 de enero de 2010, lo que no ha de impedir el reconocimiento de la pensión de viudedad conforme a esta nueva norma que no estaba en vigor en el momento del hecho causante, por más que no pueda serlo con efectos de la fecha del fallecimiento, sino a partir de 1 de enero de 2010.

La sentencia recurrida se limita a trasladar al apartado segundo de la disposición transitoria el razonamiento aplicado por el Tribunal Supremo respecto al apartado primero de esa misma norma, porque se da igualmente la circunstancia de que el fallecimiento del causante es anterior a la fecha prevista para la entrada en vigor de la nueva previsión legal.

Este es el fundamento jurídico de la sentencia recurrida respecto al que debemos valorar la concurrencia de contradicción.

3.- La sentencia de contraste sin embargo resuelve sobre la aplicación de la Ley 13/2005 de 7 julio, que modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, añadiendo un segundo párrafo al art. 44 con la siguiente redacción: "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo", en un caso en el que el fallecimiento del causante se produce con anterioridad a la entrada en vigor de esta nueva norma.

Con base a ello se estima el recurso de la entidad gestora tras razonar que solo a partir de la entrada en vigor de la Ley podían contraer matrimonio personas del mismo sexo, sin que se contemple ninguna regla transitoria expresa que permita sostener la aplicación de los efectos de dicho matrimonio al supuesto de autos, y sin que pueda tampoco derivarse la retroactividad de una interpretación sistemática de su contenido. A lo que se añade que "pretender aplicar la Ley 13/2005, a situaciones anteriores producidas antes de su entrada en vigor, también sería contrario al artículo 3.2 del Código Civil, que dispone la irretroactividad de la Ley, salvo que se dispusiere lo contrario, que ya hemos dicho, no es el caso de autos; es más si el Legislador de 2005, lo

hubiera querido, al tiempo de promulgar dicha Ley, o lo quisiera en un futuro, siempre puede hacerlo, a través de una reforma legislativa, lo que no es posible, que esa omisión se supla por los Órganos Jurisdiccionales, asumiendo funciones Legislativas, que no le corresponden, y que van en contra de lo dispuesto en el art. 3-2 del Código Civil".

4.- Recordemos que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, (SSTS 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014), lo que impide que podamos considerarla concurrente en este caso por el solo hecho de que en ambos supuestos se discuta como doctrina genérica la retroactividad de una Ley.

El contenido, la regulación y las circunstancias jurídicas contempladas en una y otra Ley son absolutamente diferentes, lo que justifica que ambas sentencia hubieren podido llegar a pronunciamientos igualmente diferentes.

La sentencia recurrida aplica sobre el apartado segundo de la disposición transitoria decimoctava del TRLGSS el mismo criterio establecido por el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de febrero 2012 al interpretar el apartado primero de esa misma disposición legal, que declara ajustada a derecho su aplicación a situaciones en las que el hecho causante es anterior a su entrada en vigor porque la propia norma ya se refiere a los hechos causantes que han tenido lugar durante un determinado periodo de tiempo previo a su publicación, lo que en sí mismo conlleva que entran dentro de su ámbito de protección las situaciones jurídicas que se han producido antes de la propia existencia de la norma.

Mientras que la sentencia de contraste analiza y aplica el contenido de la Ley 13/2005, de 7 de julio, que modificó el Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo, para llegar a la conclusión de que no es posible su aplicación retroactiva a los hechos causantes producidos antes de su entrada en vigor, porque no hay elemento jurídico alguno que permita extender sus efectos a periodos anteriores.

Dicho de otra forma, el razonamiento de la recurrida descansa en considerar trasladable al apartado segundo de aquella disposición legal el mismo criterio convalidado por el Tribunal Supremo para su apartado primero, lo que ciertamente se aleja y nada tiene que ver con el fundamento de la sentencia de contraste. Y de la misma forma que no es contradictoria la doctrina de la STS de 15 de febrero de 2012 con la establecida en la STS 29 de abril de 2009 que se invoca de contraste, tampoco puede haber contradicción entre esta última sentencia y la recurrida, que se limita a aplicar el mismo criterio de aquella anterior sentencia del Tribunal Supremo a un diferente apartado de la misma disposición legal.

CUARTO.- El recurso, consecuentemente, no debió admitirse a trámite por falta de contradicción doctrinal (artículo 225 LRJS), causa de inadmisión que en el presente trámite se convierte en causa que funda la desestimación del recurso. Sin costas.

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), contra la sentencia dictada el 27 de febrero de 2015, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 3215/2013 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo, de fecha 24 de mayo de 2013 , recaída en autos núm. 200/2013, seguidos en virtud de demanda promovida por D.^a Belinda contra el INSS, sobre pensión de viudedad. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastian Moralo Gallego 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.