



**JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO CUATRO
SANTANDER.**

AUTOS: [REDACTED]

PROCEDIMIENTO: VIUDEDAD.

LA LETRADO ✓

GNR

M.ª PAZ HIDALGO BERNIEJO

SENTENCIA n.º [REDACTED]

EN NOMBRE DE S.M. EL REY



En la ciudad de Santander, a 10 de febrero de 2.009.

Vistos por mí, JOSE FELIX LAJO GONZALEZ, Magistrado del **Juzgado de lo Social Número Cuatro de Santander**, los presentes autos derivados de demanda en materia de viudedad registrados bajo el número 684/08, en los que ha intervenido como parte demandante D./D. defendido/a por el/la letrado/a Sr./Sra. Antonio Sarabia, y como parte demandada el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado por doña Sonia Cerezo, atendiendo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La actora formuló demanda ante este Juzgado, en la que tras alegar los hechos y fundamentos legales en que apoya su pretensión termina suplicando se admita a trámite, y en su día, previa celebración del juicio correspondiente, se dicte sentencia de conformidad con el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se acordó dar traslado de la misma y convocar a las partes a la celebración de juicio verbal.

En la fecha señalada comparecieron las partes asistidas de letrado.

Abierto el acto, la actora se afirmó y ratificó en el contenido de su demanda y el INSS se opuso en base a los propios fundamentos de la resolución recurrida. Acordado el recibimiento del juicio a prueba, se propuso prueba documental que fue declarada pertinente y se procedió a su práctica, dándose por terminado el acto y solicitando las partes se dictase Sentencia, de conformidad a sus pretensiones, quedando los autos a la vista para ser dictada.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La demandante, Dña. , estuvo casada con el difunto D. , beneficiario de una prestación por incapacidad permanente



absoluta, y fallecido en fecha 20 de febrero de 2008 en la ciudad de Santander.

SEGUNDO.- La demandante y el difunto Sr. se separaron en virtud de sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Santander, de fecha 14 de marzo de 2002, adoptándose en dicha sentencia las medidas siguientes:

Se atribuye a la esposa y a las hijas el uso de la vivienda familiar y sus anejos, sita en la calle escalera. así como el ajuar y mobiliario doméstico.

Se establece en concepto de alimentos que se debe pagar por el padre en beneficio de las hijas, la cantidad de 46.000 pesetas al mes, 23.000 por cada hija, que se actualizarán anualmente conforme al IPC. Dicho pago se hará dentro de los 5 primeros días de cada mes y en la cuenta que al efecto señale la esposa. Cuando se termine de abonar la hipoteca la citada cantidad será de 25.000 al mes por cada una de ellas. Así mismo se deben abonar por mitad los gastos extraordinarios causados a favor de las hijas.

Se deben pagar por mitad tanto el préstamo hipotecario que grava la vivienda como los impuestos que sobre la misma recaigan.

Se fija como pensión compensatoria a favor de la actora y que debe ser abonada por el demandado la cantidad de 10.000 pesetas al mes que se ingresarán y actualizarán en la misma forma prevista en el apartado d).

TERCERO.- La actora y el Sr. de divorciaron en virtud de sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Santander en fecha 21 de junio de 2007, aprobando el Juzgado por acuerdo de los litigantes las medidas siguientes:

1.- Se declara extinguida la obligación de pago de la pensión alimenticia a cargo del actor y a favor de la hija,

2.- Se declara extinguida la obligación de pago de la pensión compensatoria a cargo del actor y a favor de la demandada.

3.- El padre deberá abonar a la madre, como pensión alimenticia a favor de la hija menor, en la cuenta que al efecto aquella designe, por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de DOSCIENTOS VEINTICINCO EUROS (225 E), cantidad que se actualizará el primer mes de cada año de conformidad con la variación que experimente el I.P.C.

La actora presentó denuncia penal contra su ex marido, que se tramitó ante el Juzgado de Instrucción nº 4 de Santander, y en la que se ratificó el 29 de febrero de 2008, - folio 57 de las actuaciones-.

CUARTO.- La actora instó ante el INSS petición de pensión de viudedad. Por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 20 de mayo de 2008, se declaró que la actora no tenía derecho a la pensión de viudedad.



QUINTO.- Interpuesta reclamación previa, la misma fue desestimada por resolución de fecha 31 de julio de 2008.

SEXTO.- La base reguladora de la prestación interesada, asciende a 728,78 euros, siendo la fecha de efectos el 1 de marzo de 2008, con un porcentaje del 52%.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados han quedado plenamente acreditados por la prueba practicada apreciada en su globalidad, particularmente la documentación unida al expediente y tenida en cuenta por el mismo.

SEGUNDO.- Solicita la demandante el reconocimiento del derecho a la prestación de viudedad. El INSS se opone alegando que la pensión compensatoria que disfrutaba la actora se extinguió el 21 de junio de 2007, mucho antes por tanto del fallecimiento de su ex marido.

Conforme al artículo 174.2 TRLGSS:

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 art. 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 art. 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.

TERCERO.- La demanda ha de ser desestimada por los motivos siguientes:

A.- A la hora de interpretar el precepto legal que nos ocupa ha de aplicarse el contenido del artículo 3 del Código Civil, que establece:

"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativo y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".

El criterio semántico, el sentido propio de las palabras que emplea el artículo 174.2 LGSS, es el que ha de ser aplicado cuando, como en nuestro caso, los términos empleados por el legislador son claros, y por tanto no susceptibles de ser interpretados por los Juzgados y tribunales, - "non fit interpretatio"-.

El precepto afirma: 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 art. 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante.

El empleo del gerundio del verbo ser, - "siendo"-, es ajustado a la gramática española. Este tiempo verbal, el gerundio, indica "acción" o "movimiento". En nuestro caso hace referencia a venir siendo acreedor de la pensión compensatoria, venir disfrutando de ella en el momento en que fallece el causante. Frente a lo que sostiene la parte actora, no hay obligación de emplear el presente de subjuntivo y comenzar la frase "a que, sean acreedoras de la pensión compensatoria, quedando ésta extinguida por el fallecimiento del causante". Con esta redacción alternativa el gerundio se coloca tras la coma, en la segunda parte de la frase, en lugar de al inicio de la misma. El sentido de la frase empleada por el legislador es claro, y su significado también. Se trata además de un tiempo verbal, el gerundio, empleado a menudo por el legislador para publicitar los requisitos de acceso a cargos, plazas o vacantes. Verbigracia: "podrán acceder aquellos que, siendo mayores de edad, y reuniendo méritos bastantes, superen el proceso de selección...".

No se está hablando exclusivamente de una incompatibilidad entre la prestación de viudedad y la pensión compensatoria, sino que se están estableciendo dos requisitos



inexcusables, - se dice "en todo caso"-, para acceder a la pensión de viudedad:

- 1.- Ser beneficiario de pensión compensatoria.
- 2.- Que dicha pensión se extinga por el fallecimiento del causante. Es lógico que en aquellos casos en que los herederos continúan con el pago de la pensión compensatoria ex artículo 101 del código Civil, habida cuenta el montante del caudal hereditario, no nazca derecho a pensión de viudedad, pues las necesidades del ex cónyuge están atendidas o cubiertas.

Si el legislador hubiera introducido tan sólo una norma de incompatibilidad de ambas prestaciones, - pensión de viudedad y pensión compensatoria-, hubiera dicho:

El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente que estén percibiendo pensión compensatoria, quedará condicionado, en todo caso, a que ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante.

Dicha mención no la ha llevado a cabo el legislador, hablando exclusivamente de los separados o divorciados que están percibiendo pensión compensatoria, sino que se refiere genéricamente a todas las personas divorciadas o separadas judicialmente, sin distinción alguna, por lo que nosotros tampoco debemos distinguir, conforme al aforismo latino: "*ubi lex non distinguitur nec nos distinguere debemus*". No estamos por tanto tan sólo ante una simple regla de incompatibilidad entre prestaciones, sino ante un doble requisito legalmente establecido para acceder a la pensión de viudedad.

B.- Examinando, como realiza el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona en su sentencia de 28 de julio de 2008, los antecedentes históricos a la aprobación de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, este juzgador llega a la convicción contraria a la alcanzada por el egregio compañero citado.

Conviene, (por tanto) remontarse al Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social, suscrito por el Gobierno, los sindicatos UGT y CC.OO. y las asociaciones patronales CEOE y CEPYME en fecha 13 de julio de 2006, y cuya firma dio lugar a la confección del proyecto de ley presentado por el Gobierno recogiendo las modificaciones en materia de Seguridad Social pactadas por los interlocutores sociales. En el concreto aspecto de la pensión de viudedad, en el punto III.3.a se acordó: "*La pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes; parejas de hecho, siempre que tuviesen hijos en común con derecho a pensión de orfandad y/o existiese dependencia económica del sobreviviente respecto del causante de la pensión; o personas divorciadas preceptoras de la pensiones previstas en el Código Civil*".

Se apunta claramente al carácter renta de sustitución que ha de tener la pensión de viudedad, reservándose exclusivamente para aquellos casos en que el causante contribuía al sostenimiento del divorciado/da. El salto es cualitativo respecto de la redacción anterior a la Ley

40/2007, que reconocía la pensión a todos los divorciados o separados, sin ningún requisito a mayores, y con independencia del motivo de la separación o divorcio.

La exposición de motivos de la Ley 40/2007 también es clara. En el propio preámbulo de la Ley 40/2007, cuyo redactado coincide con el de la exposición de motivos del proyecto de ley. Se apunta lo siguiente: "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 art. 97 del Código Civil".

Se habla claramente de un requisito de acceso a la pensión de viudedad, y no sólo de un criterio de incompatibilidad de prestaciones. Insistir en que se habla genéricamente de "las personas separadas judicialmente o divorciadas", y no de las personas separadas o divorciadas que están percibiendo una pensión compensatoria. Si el acceso a la pensión de viudedad queda condicionado a la extinción por el fallecimiento del causante de la pensión compensatoria, ha de entenderse, en buena lógica, que dicha pensión ya existía, pues de otra manera no podría extinguirse. El articulado posteriormente concreta la exposición de motivos, condicionando el acceso a la pensión al hecho de ser acreedor de la pensión compensatoria, y que ésta quede extinguida por el fallecimiento del causante. Ciertamente la norma no habla de ser perceptor de pensión compensatoria, pero ha de entenderse que se está refiriendo al acreedor que ya está percibiendo dicha pensión, pues de otra manera no podría extinguirse.

Para poder analizar en profundidad el espíritu o la finalidad del artículo 174.2 LGSS procede recordar la naturaleza de la pensión compensatoria. Son varias las posturas doctrinales, relativas a la naturaleza de esta pensión. Un primer sector le concede un carácter compensatorio tratándose con ella de evitar que, una vez roto el matrimonio, el cónyuge en peores condiciones económicas note tal ruptura por descender en su jerarquización el nivel de vida en relación con el otro. Una segunda postura mantiene que su carácter es indemnizatorio, como un resarcimiento para cubrir un desequilibrio. Y finalmente una tercera que sostiene que es una figura híbrida que no participa con exclusividad de un carácter concreto. Esta postura, la más acertada, considera como punto de arranque el desequilibrio, según dispone el párrafo primero del art. 97 del C. Civil, es decir, que en principio su naturaleza sería compensatoria, ya que el desequilibrio económico es "condictio iuris" para su nacimiento, sin embargo se debe armonizar dicho párrafo primero con las demás circunstancias que enumera el precepto, de forma que éstas no solo pugnen para graduar la pensión sino que incluso puedan eliminarla, si se observa que no obstante el desequilibrio económico, el cónyuge en esta situación no ha sufrido ningún perjuicio con la separación que deba ser resarcido en aras de la justicia y equidad. Es decir, que la naturaleza compensatoria o indemnizatoria no son caracteres excluyentes sino complementarios, pues para la viabilidad de la pensión que analizamos, será preciso, en primer término, una descompensación entre los cónyuges a causa de la separación,

y, en segundo lugar, que el cónyuge en peor situación tenga derecho a su resarcimiento por el juego de las circunstancias que enumera el art. 97. Pues bien, si uno de los cónyuges está percibiendo una pensión que compensa o indemniza la separación o divorcio de su pareja, y ésta fallece, es obvio que por el óbito sufre un detrimento patrimonial que ha de ser compensado vía pensión de viudedad. "Contrario sensu", si el separado o divorciado no está percibiendo indemnización-compensación alguna de su cónyuge o ex cónyuge, su muerte no le genera perjuicio patrimonial de ninguna clase, y no ha lugar al devengo de pensión de viudedad, pues ésta ha de recobrar su carácter de renta de sustitución. *Puede percibir la de alimentos.*

C.- La norma lógicamente no tiene efectos retroactivos. Se aplica a partir de su entrada en vigor, esto es, el uno de enero de 2008. Es cierto que, como en nuestro caso, afecta a convenios reguladores y a sentencias de separación o divorcio dictadas cuando la norma no exigía la percepción de la pensión compensatoria para acceder a la pensión de viudedad. Empero tal circunstancia no supone un trato discriminatorio para estas personas. Ciertamente estos ciudadanos no podían saber que el legislador iba a introducir este requisito en la legislación de seguridad social, pero tampoco puede presumirse que, de haberlo sabido, hubieran tenido en mente un hecho "certus" pero "incertus cuando", como es la futura muerte de su cónyuge, y que su actuación entonces hubiera sido otra. Como afirma la parte actora la pensión compensatoria está sujeta al principio dispositivo. Es, por tanto, susceptible de negociación por los cónyuges, y puede pactarse su extinción, con independencia de las consecuencias que de ello se deriven en otros ámbitos del ordenamiento jurídico.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de diciembre de 1987 EDJ 1987/8926, hace unas consideraciones generales sobre la naturaleza jurídica de esta pensión y así insiste en la necesidad de que la misma se solicite en los escritos iniciales del proceso, diciendo que desde el punto de vista puramente procesal, puede afirmarse que el proceso civil tiene como finalidad la actuación del ordenamiento jurídico privado; impera el principio dispositivo en el que ha de integrarse el de rogación, y la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional, su iniciación, no se produce de oficio, sino que aparece entregada al titular del derecho sustantivo, que puede ejercitarlo o no en juicio, siendo libre, incluso, para renunciarlo o desistir de la acción entablada, delimitando su libérrima libertad el estricto contenido del proceso cuando no existe convenio regulador entre las partes (artículos 102 y 103 EDL 1889/1 q), ni en las medidas definitivas a adoptar por el Juez a que se refiere el artículo 91 EDL 1889/1, figura la pensión compensatoria; si, pues, la Ley autoriza al Juez a que señale tal pensión de oficio, y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1, es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos. Hay, pues, un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de las

partes, que pueden hacerlo valer o no sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación y alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos; con independencia del capital o fortuna de cada uno de los cónyuges con este instituto de la pensión compensatoria o de desequilibrio, como su propio nombre indica, se pretende ni mas ni menos que mantener un equilibrio con referencia a la situación anterior a la ruptura (de hecho o de derecho) y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio.

Es probable, como apunta el compañero de Barcelona, que, en lo sucesivo, no se encuentren transacciones acerca de la pensión compensatoria, o se reduzca su número, pero ello no puede llevarnos a la conclusión de que el legislador no ha establecido este requisito en la Ley. Muchas son las normas en nuestro ordenamiento que originan distorsiones, o conducen a los ciudadanos a obrar de una u otra manera. En esos casos la técnica del fraude de Ley y el abuso de derecho son los recursos de los que disponemos los Juzgados y Tribunales para evitar usos o prácticas no ajustadas a la legalidad. La actuación del legislador es prácticamente imprevisible, insondable. Por lo tanto la actuación de los ciudadanos en la libre disposición de sus derechos no puede hacerse depender de cuál sea la actuación legislativa en ese u otro orden en el futuro. Por ser didáctico, permítaseme el ejemplo, es como si un ciudadano adquiere su primera vivienda pensando en obtener un beneficio fiscal, y al año siguiente de consumada la compraventa el gobierno de turno anula la desgravación por compra de vivienda. La norma tributaria aprobada por el Parlamento seguirá siendo igualmente válida, aunque ese ciudadano tal vez no habría comprado la vivienda, y habría seguido viviendo en alquiler, de haber conocido las intenciones del legislador.

El resto de los separados/das y divorciados/das que no transaccionaron acerca de sus pensiones compensatorias, si no la están percibiendo a la fecha de fallecimiento de su cónyuge, - por temporalidad, por venir a mejor fortuna el perceptor, por convivencia more uxorio, etc.-, evidencian que a la fecha del hecho causante no dependían económicamente de su cónyuge, o ex cónyuge, - caso de que ya se hubieren divorciado-. No están legitimados en ese caso para percibir la pensión de viudedad, pues el óbito de su ex cónyuge no les genera merma de recursos.

D.- El propio contexto de la norma apunta hacia la consideración de la pensión compensatoria como un auténtico requisito de acceso a la pensión de viudedad. El artículo 174 LGSS únicamente reconoce pensión de viudedad en los casos de nulidad matrimonial en los que se está percibiendo una indemnización que se calcula con los propios criterios de la pensión compensatoria, - artículo 98 del Código Civil-.

E.- En cuanto al argumento relativo a perjuicios para ciudadanos de determinadas comunidades autónomas, por problemas con la capitalización de la pensión compensatoria, o la entrega de bienes en dominio o usufructo. Una



interpretación teleológica y extensiva de la norma bastaría para incluir a estos cónyuges o ex cónyuges en el derecho al percibo de la pensión de viudedad. Habría que analizar, obviamente caso por caso, si a la fecha del fallecimiento del causante el divorciado o separado sigue "dependiendo" del causante, a pesar de haberse capitalizado la pensión o entregado unos bienes en dominio o usufructo.

Esos bienes tienen un valor, que puede perfectamente equipararse a un tiempo determinado de pago de pensión compensatoria, y examinar entonces si dicha pensión se seguiría pagando o no a la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad.

CUARTO.- De conformidad con el art. 189.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, contra esta sentencia procede recurso de suplicación.

VISTOS los artículos legales y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que, DESESTIMANDO la demanda formulada por DÑA. frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, **DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO** a éstos de la pretensión contra ellos deducida.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, debiendo ser anunciado tal propósito mediante escrito o comparecencia en el plazo de 5 días siguientes a la notificación.

Así, por esta mi sentencia, de la que se llevará oportuna certificación a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: Publicada y leída fue esta Sentencia por el Sr. Magistrado que la firma, hallándose en audiencia pública el mismo día de su fecha. Ooy fe.