



Roj: **STSJ PV 773/2018 - ECLI: ES:TSJPV:2018:773**

Id Cendoj: **48020340012018100587**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **27/03/2018**

Nº de Recurso: **419/2018**

Nº de Resolución: **686/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Recurso de suplicación **419/2018**

NIG PV 48.04.4-16/009160

NIG CGPJ 48020.44.4-2016/0009160

SENTENCIA Nº: **686/2018**

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 27 de marzo de 2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, FLORENTINO EGUARAS MENDIRI Y D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Angelica contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Cuatro de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 19 de diciembre de 2017, dictada en proceso sobre OSS, y entablado por Angelica frente a **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

" PRIMERO.-Con fecha 4-8-2016, la demandante Angelica solicitó pensión de viudedad, derivada del fallecimiento de Melchor, ocurrido el 17-5-2016, con el que convivió de manera continuada desde el año 1990, sin que se inscribieran en el correspondiente registro como pareja de hecho.

Dicha solicitud fue denegada por resolución del INSS con fecha 9-8-2016, "(¿) Por no ser su relación con el fallecido ninguna de las que pueden dar lugar a una pensión de viudedad, de acuerdo con los artículos 219, 220 y 221 de la Ley General de la Seguridad Social".

Se interpuso reclamación previa, que fue desestimada por resolución de fecha 22-9-2016.

Se da por íntegra y expresamente reproducido el expediente administrativo.



SEGUNDO.-El causante estuvo casado con Francisca , con la que tuvo cuatro hijos, y de la que se separó de hecho en el año 1980. La citada esposa falleció el día 5-1-2011.

TERCERO.-El día 7-2-2013 se inició en el Registro Civil de Bilbao la tramitación del expediente de matrimonio civil NUM000 de la demandante con el Sr. Melchor , y se dictó auto de 13-2-2013 en cuya parte dispositiva se aprueba el expediente tramitado y se autoriza la celebración del matrimonio civil solicitado por Melchor y Angelica , señalándose para la celebración del mismo el día 1-3-2013, sin que el matrimonio se hubiera llevado a efecto, de forma que en la fecha señalada se suspendió la ceremonia por mostrar el contrayente Melchor síntomas de incapacidad para prestar adecuadamente el consentimiento al matrimonio civil, según se recoge en diligencia de 1-3-2013, y mediante providencia de fecha 1-3-2013 se acordó recabar informe del médico forense sobre la aptitud del contrayente para poder prestar su consentimiento al matrimonio, siendo dicho dictamen emitido el 14-3-2013 en sentido desfavorable al no ser capaz de conocer las consecuencias legales derivadas del matrimonio, impresionando de deterioro cognitivo importante, por lo que el Registro Civil de Bilbao dictó auto de fecha 9-4-2013 en que deniega la autorización del matrimonio proyectado por el Sr. Melchor y la Sra. Angelica , resolución que no fue recurrida, archivándose el expediente.

Con fecha 15-5-2013 por el Ministerio Fiscal se promovió demanda de juicio especial sobre determinación de la capacidad jurídica del Sr. Melchor , y el 9-7- 2014 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 14 (Familia) de Bilbao en la que se declaró la incapacidad del Sr. Melchor en todas las esferas personal y patrimonial de su vida, y en concreto para, entre otros actos, contraer matrimonio.

Se dan por expresamente reproducidos el expediente matrimonial en el Registro Civil y el de incapacidad en el JPI nº 14 de Bilbao, remitidos por exhortos y obrantes en las actuaciones.

CUARTO.-De ser estimada la demanda, a la demandante le correspondería un auxilio por defunción de 46,50 euros y una pensión de viudedad inicial de 301,44 euros mensuales, resultado de aplicar un 52% a una base reguladora de 579,69 euros, más 286,82 euros de mejoras y 47,84 de complemento a mínimos, con efectos económicos desde el 1-6- 2016."

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"DESESTIMO la demanda presentada por Angelica frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y absuelvo a la demandada de las pretensiones contenidas en la demanda."

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por la parte contraria.

CUARTO .- El Magistrado Sr. D. JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA encontrándose de permiso oficial en la jornada de la deliberación y fallo del presente recurso ha sido sustituido por el Magistrado Sr. D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Desestimada por la sentencia de instancia la demanda en la que D^a Angelica solicita frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social-Tesorería General de la Seguridad Social el reconocimiento de la pensión a favor de familiares (pensión de viudedad) que le fue denegada por resoluciones de 9.8.2016 y 22.9.2016, por la representación letrada de la demandante se interpone recurso de suplicación dirigido a la revisión de los hechos declarados probados y al examen del derecho aplicado. El recurso es impugnado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso, al amparo del art. 193 b) de la LRJS , postula doble revisión en el hecho probado tercero, de forma que se añada, en su primer párrafo, que en el Auto de 13.2.2013 del Registro Civil de Bilbao se recogió la frase "habiéndose acreditado la capacidad y libertad de los solicitantes para contraer matrimonio" (folio 43 vuelto de las actuaciones), y en el segundo párrafo, que la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 14 (Familia) de Bilbao dispuso que "se designa como tutora de D. Melchor a su pareja D^a Angelica " (folio 109, que se corresponde con el 167 de los autos).

Hemos de recordar que la prosperabilidad del recurso de suplicación por dicho cauce procesal exige: a) que la equivocación que se imputa al juzgador en los hechos probados, resulte del todo patente y sin necesidad de realizar conjeturas o razonamientos, más o menos fundados, de documentos o pericias obrantes en autos que así lo evidencien; b) que se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión revisoria; c) que los resultados postulados, aun deduciéndose de aquellos medios de prueba, no queden desvirtuados por otras pruebas practicadas en autos, pues en caso de contradicción entre ellas debe prevalecer el criterio del juzgador "a quo", a quien le está reservada la función de valoración



de las pruebas aportadas por las partes; d) finalmente, que las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para la resolución de las cuestiones planteadas. Sin la conjunta concurrencia de estos requisitos, no puede prosperar la revisión fáctica en el recurso de suplicación, de naturaleza extraordinaria, que a diferencia de la apelación civil, no faculta a la Sala para la revisión de todo lo actuado.

Pues bien, al margen del alcance que posteriormente se pueda atribuir a los extremos que se quieren añadir, no se accede a lo solicitado por innecesario, puesto que en el último párrafo del hecho probado tercero se dan por expresamente reproducidos el expediente matrimonial en el Registro Civil y el de incapacidad en el JPI nº 14 de Bilbao.

TERCERO.- El segundo de los motivos del recurso, por el cauce procesal previsto en el art. 193 c) de la LRJS, se opone a los razonamientos seguidos en la instancia sobre los siguientes argumentos:

1.- En primer lugar señala que, una vez fijada, tras haberse dado por acreditada la capacidad para ello, la fecha para la celebración del matrimonio civil, en este caso se produjo una incapacidad sobrevenida de uno de los miembros constitutiva de una "imposibilidad legal" que impidió la unión matrimonial (a diferencia de los supuestos jurisprudenciales referenciados por la sentencia recurrida, en los que el impedimento vino motivado por causa de fallecimiento, "imposibilidad fáctica"), habiendo quedado constancia en documento público de la petición expresa de contraer matrimonio, de su ratificación por las dos partes y de la declaración de su capacidad para hacerlo en ese momento. En virtud de lo anterior, entiende la recurrente que, existiendo un buen derecho previo a la posterior declaración de incapacidad que impidió el matrimonio, la denegación de su petición supone una discriminación por una circunstancia personal (declaración de incapacidad) que vulnera los arts. 14 , 32 , 49 y 53 de la Constitución , la doctrina de los actos propios y los arts. 3 , 4 y 7 en relación con el 53, todos ellos el Código Civil .

Del expediente matrimonial (dado por reproducido en el hecho probado tercero) se extrae que, habiéndose solicitado la autorización para contraer matrimonio por D. Melchor y D^a Angelica ante el encargado del Registro Civil de Bilbao el 7.2.2013, ratificándose en su petición el mismo día, y dictado Auto de fecha 13.2.2013 por el que se autorizaba la celebración del matrimonio civil señalándose el día 1.3.2013 para tal acto, llegado el día se suspendió la ceremonia por mostrar el Sr. Melchor síntomas de incapacidad para prestar adecuadamente el consentimiento, acordándose recabar informe del médico forense sobre su aptitud. Emitido el informe forense el 14.3.2013 dejando constancia de un deterioro cognitivo importante en el examinado, tras oponerse el Ministerio Fiscal el 27.3.2013 a la autorización del matrimonio, mediante Auto de 9.4.2013 se denegó la autorización del matrimonio proyectado, con posterior archivo del expediente.

Los anteriores extremos no nos permiten considerar la existencia de una incapacidad sobrevenida (téngase en cuenta que la capacidad expresada en el Auto de 13.2.2013 se hizo sin que mediara un reconocimiento médico, siendo éste, practicado el día 14.3.2013 tras suspenderse la ceremonia señalada para el día 1.3.2013 por observarse síntomas de incapacidad para prestar adecuadamente el consentimiento al matrimonio, el que dejó constancia de la existencia de un deterioro cognitivo importante), y si la doctrina jurisprudencial ha señalado que el fallecimiento de uno de los futuros contrayentes no convalida la previa intención de contraer matrimonio (SSTS de 29.10.2007 y 3.5.2007 , entre otras, que establecen, al determinar si el propósito de contraer matrimonio puede valorarse como la existencia del mismo a efectos de causar la pensión de viudedad, que no es posible por cuanto que el matrimonio es un contrato consensual, de modo que la forma del consentimiento es esencial al mismo), tampoco dará tal convalidación la imposibilidad de prestar el consentimiento matrimonial por la incapacidad para hacerlo. En este sentido, el TSJ de la Comunidad Valenciana, en sentencia de 11.4.2017 (rec 1521/2016), ha llegado a mantener la denegación de la pensión de viudedad en un supuesto en el que, incluso habiéndose celebrado el matrimonio, posteriormente se anuló por ausencia de consentimiento matrimonial válido por el estado de salud de uno de los contrayentes.

2.- En segundo lugar se defiende por la recurrente, volviendo sobre el expediente matrimonial antes referido y con mención añadida de la Sentencia del Juzgado de Familia de Bilbao que declaró el 9.7.2014 la incapacidad del Sr. Melchor , que se da el requisito formal exigido en el art. 221 de la LGSS de constatación a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado del compromiso de convivencia entre los miembros de la pareja de hecho, indicando que queda patente en tales documentos públicos que reunían la condición de tal pareja de hecho con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante, sin que opere la falta del requisito temporal en el segundo de los señalados porque, si bien la sentencia se dictó el 9.7.2014 , la demanda del Ministerio Fiscal e inicio del procedimiento tuvo lugar el 15.5.2015.

El art. 221.2 de la LGSS establece que, a efectos de la pensión de viudedad de parejas de hecho, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter



inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

Siendo el requisito que la Entidad Gestora considera incumplido el relativo a la constitución de la pareja de hecho en los términos legalmente exigidos con una antelación mínima de dos años (no cuestiona el requisito de la convivencia durante al menos cinco años antes del fallecimiento), ya se ha descartado que al Auto de 13.2.2013 del Registro Civil, por las razones expuestas en el apartado anterior, se le pueda otorgar la consideración de documento público que acredite la existencia de una pareja de hecho por contener, como interpreta la recurrente, una manifestación válida de voluntad de contraer matrimonio aunque luego no llegara a celebrarse.

En cuanto a la sentencia que declaró la incapacidad del Sr. Melchor (entre otros actos, para contraer matrimonio), si bien es cierto que en ella se designó "como tutora de D. Melchor a su pareja D^a Angelica ", a esa referencia de "su pareja" no cabe atribuirle el alcance ahora pretendido.

En este aspecto nos remitimos a lo que ya resolvió esta Sala en sentencia de 20.9.2016 (rec 1602/16) cuando, resolviendo esta misma problemática, dispuso lo siguiente: " *Tampoco puede sustentarse en la sentencia judicial que designa a la recurrente tutora del causante, en base a considerar que su situación de pareja de hecho entraña una relación análoga a la conyugal y permite, por ello, anteponer su designación a la de los hijos del fallecido, por cuanto que lo hace sobre la base de considerarles pareja de hecho "pura", sin que de la lectura de esa sentencia se revele que lo hace por considerar que habían oficializado su relación de pareja. No estamos, por tanto, ante una sentencia previa que les ha reconocido como pareja de hecho oficializada, sino ante una resolución judicial que equipara la pareja matrimonial a la pareja de hecho pura, a efectos de designación de tutor para el miembro de la misma incapacitado, en una materia no sujeta a previsión específica para las parejas de hecho, a diferencia de lo que sucede en la regulación de la pensión de viudedad, para la que nuestro legislador ha querido expresamente excluir del acceso a la misma al superviviente de una pareja de hecho no oficializada .*"

Cabe añadir a lo anterior que, al margen de la fecha en que se promovió la demanda sobre determinación de la incapacidad jurídica del causante, como la defensa que ahora se hace se sustenta en la declaración de la demandante como su tutora por ser su pareja, lo cierto es que dicha declaración se efectuó el 9.7.2014, por lo que tampoco se cumpliría con el requisito temporal de antelación dos años, puesto que el Sr. Melchor falleció el 17.5.2016.

En consecuencia, sin que haya prosperado ninguna de las denuncias formuladas, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

CUARTO.- No cabe pronunciamiento alguno en materia de costas (art. 235-1 LRJS), al ser parte vencida en el recurso, a los efectos de la imposición de las costas, el recurrente, que no gozando del beneficio de justicia gratuita, ve desestimada su pretensión impugnatoria (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1993).

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a Angelica frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao, dictada el 19 de diciembre de 2017 en los autos nº 909/2016 sobre reconocimiento de pensión de viudedad, seguidos a instancia de la ahora recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, **confirmamos** la sentencia recurrida. Sin condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

**VOTO PARTICULAR que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI en el recurso 419/2018, el que se basa en el artículo 260 LOPJ, y el siguiente**

Fundamento de Derecho, que paso a exponer:

UNICO.- Discrepo respetuosamente de la sentencia mayoritaria aprobada por la Sala, y en la misma línea que expresé en el Voto Particular del recurso de Suplicación de ésta misma Sala nº 1602/2016 , Sentencia del TSJPV de 20 de septiembre del 2016 , considero que debía reconocerse la pensión de viudedad por razón de la misma declaración que se ha efectuado en la jurisdicción civil de tutora de la demandante respecto a su pareja en virtud de la resolución judicial de 9 de julio de 2014 del Juzgado de Familia, que declara la incapacidad del compañero de la actora y así mismo le nombra tutora a ésta por razón de ser su pareja.

Ciertamente es un requisito exigido por la jurisprudencia (TS 16 de Diciembre y 18 de Diciembre del 2015, recursos 3453/2014 , la necesaria acreditación del requisito de existencia de una pareja de hecho a los efectos del reconocimiento de pensión al sobreviviente, lo que se cumplimenta a través de la inscripción oportuna en el Registro de parejas de hecho. El carácter constitutivo que la jurisprudencia otorga al presupuesto legal de acreditación de la existencia de parejas de hecho mediante su inscripción, implica el que en los supuestos en los que no concurre este elemento haya una imposibilidad de generar la prestación correspondiente. El postulado indicado es cierto, y en modo alguno puede ser obviado, y en tal sentido la sentencia recurrida aborda desde la proyección jurídica la cuestión de manera acertada. Ahora bien, aunque no existe la constitución de pareja de hecho, en este caso, los datos que resalta el recurso deben tenerse en cuenta. Y se tienen en cuenta (esto es lo propongo en el presente Voto) porque el ámbito jurídico pertenece a un sistema de ordenación racional, aceptada por la sociedad, lo que supone la fijación de parámetros que pertenecen a la lógica, y por eso se ha dicho que el derecho se apoya en la lógica (TS 18 de abril de 2016 recurso 1921/2014); y, también que la función jurisdiccional consiste en la resolución de conflictos (artículo 117 CE), exigiendo la aplicación de las normas un sistema razonada, artículo 3 del Código Civil , no mecanicista, y de acuerdo con los valores de la propia Constitución, que exige el respeto del ordenamiento jurídico, de conformidad al artículo 9 CE (TS 2 de marzo de 2016, recurso 153/2015). Ello, lógicamente, se encadena con un principio que es propio del derecho y por supuesto de la razón, como es el denominado principio de contrarios o negativo, que imposibilita la existencia de resoluciones contradictorias, pues lo que es no puede dejar de ser (TC 25 de febrero de 2003, recurso 34/2003).

Agrupando las anteriores consideraciones mi conclusión es que la demandante ha sido configurada como tutora a raíz de lo que expresa el artículo 234 del Código Civil , pues no se hace una designación de la persona de tutora en base al artículo 235 CC , sino por la preferencia del cónyuge que conviva con el tutelado. De todas maneras, a mi entender, sería indiferente que se hubiese utilizado la vía del artículo 235 del mismo texto sustantivo, pues, en todo caso, lo que parece claro es que dentro de la jurisdicción civil a la demandante se le ha configurado no como pareja sino como cónyuge. Al ofertarse este tratamiento no podemos eludir el mismo y rechazar la condición de perceptora de la pensión de viudedad por una cuestión que, parece, meramente formal. No quiero en modo alguno descatalogar o desnaturalizar el vínculo matrimonial, o el de pareja formalizada, pero el ordenamiento no puede en unos casos atribuir los gravámenes o responsabilidades que se atribuye a la pareja, y en otros, y respecto a sus posibles ventajas, sin embargo excluirlas.

A todo lo anterior añadido como ha existido un intento de acceso a la vía matrimonial, y la misma incapacidad de uno de los contrayentes ha determinado su imposibilidad. Pero, ésta misma imposibilidad, es la que ha determinado el nombramiento de tutora de la actora, y resulta algo contradictorio que ante el intento de formalización de la pareja, el mismo ordenamiento judicial lo deniegue y, admitiendo la capacidad de la tutora, por el contrario, rechace la posibilidad de admitir la prestación.

Es en base a lo anterior es que mantengo el presente voto, el que propone la estimación de la prestación de la beneficiaria.

Así por éste mi voto particular lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leído y publicado fue el anterior voto particular del Ilmo. Sr. D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, que lo suscribe, junto con la sentencia, todo ello en el día de la fecha, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.



Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0419-18.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699- 0000-66-0419-18.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.