



Roj: STS 1365/2012
Id Cendoj: 28079140012012100075
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2439/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Febrero de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado y defendido por el Letrado Sr. Cea Ayala, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de 24 de marzo de 2011, en el recurso de suplicación nº 1283/10, interpuesto por D^a Asunción frente a la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2009 por el Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona, en los autos nº 662/09, seguidos a instancia de D^a Asunción, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre viudedad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida D^a Asunción, representada por el Procurador Sr. Deleito García y defendida por Letrado.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 24 de marzo de 2011 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona, en los autos nº 662/09, seguidos a instancia de D^a Asunción, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre viudedad. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es del tenor literal siguiente: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a Asunción frente a la sentencia de 21 de diciembre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona en los autos 662/2009, seguidos a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debemos revocar y revocamos la citada resolución reconociendo el derecho de la actora a percibir una pensión de viudedad equivalente al 52% de la base reguladora de 549,39 euros con efectos del 10 de abril de 2009".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 21 de diciembre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- La parte actora, cuyos datos personales constan en el expediente administrativo, nacida el 1.1.1938, estuvo casada con el Sr. Candido, pensionista de jubilación, que falleció el 10.4.2009. Estuvieron casados desde 17.5.1958 hasta su divorcio en 29.11.2007. En la sentencia de divorcio no se estableció pensión compensatoria. Tampoco en el convenio regulador. El causante no contrajo ulterior matrimonio. ---2º.- A results del expediente administrativo instruido, mediante resolución de 19.5.2009 el INSS denegó la pensión solicitada el 13.5.2009, alegando que no concurrían los requisitos del art. 174.2 LGSS, en relación con el art. 97 del Código Civil. ---3º.- Interpuesta reclamación previa, fue desestimada expresamente. ---4º.- En caso de estimación la base reguladora es de 549,39 euros, el porcentaje el 52%. La fecha de efectos, 10.4.2009".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por Asunción en reclamación de viudedad contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, debo absolver y absuelvo a la Entidad demandada de los pedimentos deducidos en su contra".

TERCERO.- El Letrado Sr. Cea Ayala en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, mediante escrito de 4 de julio de 2011, 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 La Rioja de fecha 21 de junio de 2010 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 97 del Código Civil y lo establecido en la disposición transitoria 18 de la Ley General de la Seguridad Social .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 19 de julio de 2011 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 31 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar. En dicho acto el Excmo. Sr. Magistrado Ponente Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia a la Excmo. Sra. Magistrada D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo Social número 29 de los de Barcelona dictó sentencia el 21 de diciembre de 2009 , autos 662/09, desestimando la demanda formulada por D^a Asunción contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en reclamación de pensión de viudedad. Tal y como resulta de dicha sentencia la actora, nacida el 1-1-1938 , estuvo casada desde el 17-5-1958 con D. Candido , que falleció el 10-4-2009, del que se divorció el 29-11-2007, no habiéndose establecido pensión compensatoria ni en la sentencia de divorcio ni en el convenio regulador, no habiendo contraído el causante ulterior matrimonio. La actora solicitó pensión de jubilación el 13-5-2009 , siéndole denegada mediante resolución del INSS de 19-5-2009, por no concurrir los requisitos establecidos en el artículo 174.2 LGSS , en relación con el artículo 97 del Código Civil .

Recurrida en suplicación por la parte actora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 24 de mayo de 2011, recurso número 1283/10 , estimando el recurso de suplicación interpuesto por Doña Asunción frente a la sentencia de 21 de diciembre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona , en los autos 662/09, seguidos a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y revocando la sentencia impugnada, reconoció el derecho de la actora a percibir una pensión de viudedad equivalente al 52% de la base reguladora de 549'39 euros, con efectos del 10 de abril de 2009. La sentencia razona que, si bien ni en la fecha del hecho causante, ni en la de presentación de la demanda había entrado en vigor la ley de 23 de diciembre de 2009 -la pensión de viudedad no quedará condicionada a que la persona solicitante sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de la LGSS , cuando entre la fecha del divorcio o de la separación y el fallecimiento del causante hayan transcurrido menos de diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes: a) La existencia de hijos comunes del matrimonio. b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento de la pensión- la misma resulta aplicable de oficio, teniendo en cuenta que las previsiones de la citada ley alcanzan a hechos causantes producidos en un momento anterior a su entrada en vigor. La sentencia continua razonando que con ello no se vulnera ninguna garantía de la defensa de las partes del proceso ni el principio de contradicción, como tampoco genera indefensión a la parte demandada, teniendo en cuenta que los hechos probados se han mantenido en su integridad, sin oposición de las partes, por lo que la cuestión a resolver solo se centraría en la determinación de la norma aplicable, no alterando en forma alguna el objeto del proceso que, no es otro, que el derecho a una pensión contributiva, ya que otra solución obligaría a quien ahora recurre a iniciar un nuevo proceso en el que hacer valer esta reforma cuando el derecho ya le asiste en este momento, contrariándose con ello los principios que rigen el proceso laboral. Termina invocando la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala de 28 de junio de 1994 y 5 de diciembre de 1996 .

Contra dicha sentencia se interpuso por la citada demandada recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja el 21 de Junio de 2010, recurso número 173/10 , firme en el momento de publicación de la recurrida.

La parte actora ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima que el mismo es improcedente.

SEGUNDO. - Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral que supone que

ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja el 21 de junio de 2010, recurso número 173/10, estimó el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del INSS y de la TGSS contra la sentencia de fecha 12 de febrero de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de La Rioja, en autos 1364/08, sobre pensión de viudedad, promovidos por Doña Dulce contra las recurrentes, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda formulada. Consta en dicha sentencia que la actora Doña Dulce, nacida el 9-12-1960, contrajo matrimonio con D. Jesús Luis el 1-4-1978, habiendo nacido de dicha unión dos hijos, habiendo recaído sentencia de separación del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Logroño el 6-7-05, habiendo renunciado expresamente ambos cónyuges a los derechos del artículo 97 del Código Civil. D. Jesús Luis falleció el 29-7-08, en estado civil de divorciado. La actora solicitó al INSS pensión de viudedad el 5-8-08, siendo desestimada su petición mediante resolución de 14-8-08, por no tener reconocida pensión compensatoria en la sentencia de separación. La sentencia entendió que no resulta aplicable la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, entrada en vigor el 1 de enero de 2010, por cuanto en la fecha en la que se dictaron las resoluciones de la Dirección Provincial del INSS -14-8-08 y 17-9-08- denegando la pensión de viudedad solicitada, no estaba en vigor dicha norma y, por lo tanto, las resoluciones administrativas eran ajustadas a derecho, por lo que únicamente podrá tomarse en consideración esta nueva regulación si la actora formula una nueva solicitud que parta del nuevo marco jurídico, que se inicia a partir del 1 de enero de 2010.

Entre las sentencias comparadas concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. En efecto, en ambos supuestos se trata de cónyuges separados legalmente, que no tienen fijada pensión compensatoria, ni en sentencia ni en convenio regulador, que solicitan pensión de viudedad y les es denegada por el INSS con anterioridad a 1-1-2010, precisamente por no tener reconocida pensión compensatoria y que reúnen los requisitos exigidos por la Ley 26/2009 de 23 de diciembre, que introdujo la disposición transitoria 18 en la LGSS, para tener derecho a la pensión de viudedad, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En tanto la recurrida entiende que aunque en el momento de dictarse la resolución por el INSS y presentarse la demanda no estuviera vigente la citada Ley 26/2009, la misma ha de ser aplicada por el Tribunal, la de contraste entiende que es preciso que la actora formule una nueva reclamación, no procediendo la aplicación de dicha norma por no encontrarse en vigor al tiempo de dictarse las resoluciones del INSS denegatorias de la pensión de viudedad.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, ya que la cuestión objeto de debate consiste en determinar si se puede aplicar la regulación transitoria contenida en la Disposición Transitoria nº 18 de la Ley General de la Seguridad Social, establecida en la Disposición Final 3.14 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010 y con vigencia a partir del 1 de enero de 2010, en un supuesto en el que el hecho causante, la solicitud, y la demanda, son anteriores a la entrada en vigor de dicha norma e incluso a su publicación (BOE 24-12-2009)---. Cumplidos los requisitos exigidos por los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral se ha de entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO .- El recurrente alega que la sentencia impugnada infringe lo dispuesto en el artículo 174.2 de la LGSS, en la redacción dada por la ley 40/2007, en relación con el artículo 97 del Código Civil e infringe asimismo, por aplicación indebida, lo establecido en la Disposición Transitoria 18 LGSS, al haberla aplicado a una situación anterior a su vigencia.

La cuestión planteada ha sido resuelta por esta Sala en gran número de sentencias, así en la reciente sentencia de 18 de enero de 2012, recurso 1609/11 se contiene el siguiente razonamiento: *"La STS de 21 de diciembre de 2010 (R. 1245/2010), con la particularidad de que en ella se estimó el recurso de casación unificadora de la beneficiaria y se revocó la solución contraria dada por la Sala de suplicación, ya había aplicado la norma nueva a un supuesto como el del caso que ahora enjuiciamos, cuando allí, como aquí, el fallecimiento del causante se produjo con anterioridad al 1 de enero de 2010 y también antes de tal fecha se había formulado la solicitud inicial ante el INSS e incluso se había dictado la sentencia de instancia. Pero son las SsTS de 26 de enero de 2001 y 13 de julio de 2011 (R.4587/09 y 3040/10), seguidas después por las de 15 de septiembre de 2011 y 22 de noviembre de 2011 (R. 441/11 y 829/11), dictadas -aquellas dos primeras fundamentalmente- para casos también idénticos, las que, de modo expreso, entendieron que, cuando se reúnen los requisitos legales exigibles, el régimen jurídico de la pensión de viudedad establecido por la Ley 26/2009 debe aplicarse también a los asuntos en trámite. Se rechaza así en todos esos precedentes que pueda imponerse al solicitante de la prestación la exigencia de efectuar nueva solicitud, porque tal solución,*

que, en este caso, es la que luce en la sentencia de contraste de la Sala de La Rioja, resulta contraria a la garantía de la tutela judicial efectiva. Hemos afirmado en las precitadas sentencias, con cita de doctrina contenida en la de 28 de septiembre de 2006 (R. 2454/05), que los órganos jurisdiccionales deben aplicar a las circunstancias del hecho causante todas las normas legales aplicables en el momento de enjuiciar y dictar la resolución judicial, siempre que con ello no se genere indefensión a ninguna de las partes.

Y se niega que pueda apreciarse lesión alguna para el derecho de defensa del INSS por cuanto todas las circunstancias fácticas de la parte actora, de su causante y la relación matrimonial de ambos, imprescindibles para el acceso al derecho a la prestación, constan en el expediente administrativo y no se ha introducido ningún dato nuevo que altere toda esa situación fáctica sobre la que se ha de asentar la solución."

El recurso ha de ser desestimado pues la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida que resuelve un litigio que aplica la nueva normativa, aunque se inicia antes de que entre en vigor dicha normativa porque en la misma se dispone que "será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009 (D.T. 18 LGSS , en redacción dada por la DT 3ª.14 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre)".

La citada disposición titulada "*Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008*", que es precisamente la norma que hay que aplicar a nuestro caso, puesto que el divorcio tuvo lugar el 29 de noviembre de 2007. Y dicha norma dice así: "*El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley , cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:*

- a. *La existencia de hijos comunes del matrimonio o*
- b. *Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.*

La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad.

En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley ."

La parte actora recurrida cumple los requisitos que dicha norma establece para la no exigencia de que la reclamante de la pensión de viudedad sea acreedora de la pensión compensatoria, resultando del relato de los hechos probados que los cumple todos: a) Entre el divorcio (29-11-2007) y el fallecimiento (10-4-2009) transcurrió un periodo inferior a diez años. b) El matrimonio duró mas de diez años /de 17-5-1958 a 29-11-2007). c) Tiene mas de 50 años (nació el 1-1-1938).

Por todo lo razonado, procede, tal como anteriormente quedó consignado, la desestimación del recurso formulado.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la sentencia dictada el 24 de marzo de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el recurso de suplicación número 1283/10 , interpuesto por Dª Asunción frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona el 21 de diciembre de 2009 en el procedimiento 662/09 , seguidos a instancia de la citada recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en reclamación de pensión de viudedad. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Aurelio Desdentado Bonete AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 2439/2011.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso **2439/2011**.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- La actora, nacida el 1 de enero de 1938, ha estado casada con el causante desde el 17 de mayo de 1958 hasta su divorcio el 29 de noviembre de 2007, sin que ni en el convenio regulador ni en la sentencia de divorcio se reconociese a su favor pensión compensatoria. El fallecimiento del causante se produjo el 10 de abril de 2009. Se presentó el 13 de mayo de 2009 solicitud de la pensión de viudedad que fue denegada por el organismo gestor demandado en resolución de 19 de mayo de 2009 por entender que no se cumplían las exigencias del art. 174.2 de la LGSS en relación con el art. 97 del Código Civil , al no tener reconocida la actora pensión compensatoria. La resolución de instancia, de 21 de diciembre de 2009 , desestimó la demanda, pero la sentencia recurrida ha estimado la demanda, reconociendo la pensión de viudedad reclamada en estas actuaciones. Esta decisión se funda en la aplicación de la disposición transitoria 18ª de la LGSS introducida por la disposición final 3ª.14 de la Ley 26/2009, presupuestos generales del Estado para el año 2010, que dispensa en determinadas condiciones la exigencia del reconocimiento de la pensión compensatoria. Esta ley es de fecha posterior a la sentencia de instancia; se publicó también con posterioridad en el BOE del 24 de diciembre y entró en vigor el 1 de enero de 2010. En el recurso de suplicación interpuesto el 26 de enero de 2010 no se denunciaba como infringida la disposición transitoria 18ª. La sentencia recurrida entiende que la norma es aplicable a los hechos causantes producidos con anterioridad a su vigencia y que puede serlo en este proceso, aunque su vigencia haya sido posterior a la solicitud de la prestación, a la presentación de la demanda y a la propia sentencia de instancia.

Frente a este pronunciamiento recurre el Instituto Nacional de la Seguridad Social, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja el 21 de junio de 2010 , que, concurriendo una situación igual a la que se produce en estas actuaciones en orden al cumplimiento de las condiciones previstas por la disposición transitoria 18ª de la LGSS para dispensa de la pensión compensatoria, deniega la prestación solicitada por estimar que cuando se dictaron por el INSS las resoluciones administrativas impugnadas no se hallaba vigente la nueva disposición transitoria mencionada.

SEGUNDO.- Existe la contradicción que se alega, pues el alcance de ésta se refuerza, ya que en la sentencia de contraste cuando se dictó la sentencia de instancia -el 12 de febrero de 2010- ya había entrado en vigor la Ley 26/2010, con lo que la nueva norma pudo ser objeto de debate en la instancia y desde luego en el recurso, en el que se sostenía la inaplicación de la disposición transitoria 18ª de la LGSS . Pese a ello se excluye su aplicación, mientras que la sentencia recurrida llega a conclusión contraria, aunque que la nueva norma ni estaba vigente cuando se dictó la sentencia, ni se citó como infringida en el recurso de suplicación. Debe, por tanto, entrarse en la denuncia que se formula de la infracción de lo dispuesto en el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 97 del Código Civil y lo establecido en la disposición transitoria 18 de la Ley General de la Seguridad Social .

Esta denuncia es compleja, porque, por una parte, sostiene una argumentación sustantiva en virtud de la cual la norma que contiene la disposición transitoria 18ª de la Ley 26/2010 no podía aplicarse a "una situación anterior a su vigencia", y, por otra, contiene también una justificación procesal en virtud de la cual se denuncia que el proceder de la Sala, al aplicar de oficio la disposición transitoria 18ª, ha colocado a la entidad demandada en una situación de indefensión, pues no le ha concedido trámite de alegaciones sobre esta cuestión, vulnerando con ello el derecho a la defensa que consagra el artículo 24 de la Constitución . Dice la parte que, al introducirse de esta forma la aplicación de la nueva norma, la Administración ha perdido la oportunidad de pronunciarse sobre los requisitos establecidos en aquélla y sobre el criterio de cálculo, ya que la pensión es proporcional al periodo de convivencia.

TERCERO.- La infracción sustantiva no puede apreciarse, porque en este punto no hay contradicción con la sentencia de contraste, que expresamente afirma que la nueva normativa permite a la actora causar derecho a la pensión de viudedad, pero que ello tendría que instrumentarse previa la presentación por la demandante de una nueva solicitud. No se afirma, por tanto, que, al haberse producido el hecho causante antes de la entrada en vigor de la Ley 26/2009, la actora no tenga derecho, sino que su derecho tiene que hacerse valer en un nuevo procedimiento administrativo. En realidad, la propia norma controvertida prevé su aplicación retroactiva cuando establece que "lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley ».

CUARTO.- No sucede lo mismo con la denuncia de la infracción procesal, en la que se suscitan en realidad diversos problemas.

El primero es el de la denominada congruencia entre la vía previa y el proceso, que establecen los arts. 72 y 142.2 de la LPL ; institución que puede relacionarse con el carácter revisor del proceso de Seguridad Social en la medida en que se examina en él un acto administrativo, cuyo control acotaría su objeto. Pero esta Sala ha venido admitiendo una flexibilidad en la apreciación de esta exigencia, como puede verse en las sentencias de 25 de junio de 1998 y 7 de diciembre de 2004; flexibilidad que por lo demás se corresponde con la que la propia jurisdicción contencioso-administrativa considera en la actualidad su carácter revisor de la actuación administrativa, como se advierte en el preámbulo de la Ley 29/1998 (LJCA) cuando destaca el objetivo de "superar la tradicional y restringida concepción del recurso como una revisión judicial de los actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración" y en este sentido el art. 33 de la LJCA prevé la posibilidad de que el órgano judicial someta a las partes la existencia de otros motivos que podrían fundar la decisión. En realidad, en el presente caso no ha existido un cambio ni en el objeto de la pretensión -"tiempo, cantidades y conceptos"-, ni en "los hechos" que la fundamentan. La variación que se ha producido es extraña a la conducta de las partes, pues deriva de la entrada en vigor de una nueva norma que no regía cuando se dictó el acto administrativo, lo que no afecta propiamente a la pretensión, sino solo a un elemento jurídico de ésta, que ni siquiera tenía que haber sido alegado en el procedimiento administrativo, ni en la demanda (art. 80.1 LPL), y que además podría haber sido apreciado en la sentencia de instancia en virtud del principio "iura novit curia", si la norma hubiera entrado en vigor antes de dictarse esta resolución. De ahí que no pueda aceptarse la tesis del INSS de que la única normativa aplicable era la que estaba vigente en el momento de la solicitud de la prestación o en el de la resolución administrativa que decidió sobre ella.

Tampoco podría haberse excluido la aplicación de la nueva disposición transitoria 18ª de la LGSS en virtud de la prohibición de variación sustancial de la pretensión formulada en la demanda (art. 85.1 LPL), porque, aparte de que aquí no ha sido la actora la que ha introducido la variación, la aparición de la nueva norma ni modifica el objeto de la pretensión, ni altera su fundamento, que tiene un componente fáctico predominante, conforme a la doctrina de la sustanciación, que es la que prevalece en el ámbito de las pretensiones sociales, en las que no es preciso concretar en la demanda el elemento jurídico de la pretensión, con lo que la variación de la norma aplicable no es decisiva en la instancia. Se pide en función de los hechos que, según la parte demandante, conforman la situación protegida y que determinan el cumplimiento de los requisitos de acceso a la protección y ello de acuerdo con la legislación anterior al cambio normativo que se produce después de presentada la demanda. La nueva norma ni era conocida ni podía ser invocada en ese momento (art. 400 de la LEC), aparte de que ni siquiera hubiera tenido que serlo de estar vigente (art. 80 LPL), por lo que no podría apreciarse por ello ninguna variación sustancial de la pretensión (art. 85. 1 de la LPL en relación con el art. 412 de la LEC).

QUINTO.- Pero las conclusiones tienen que ser necesariamente distintas desde el momento en que se entra en un recurso extraordinario, como la suplicación o la casación. El recurso extraordinario se caracteriza por que en el mismo la impugnación puede fundarse en las causas -motivos- previamente determinados por la ley y que excluyen lo que la Sala ha caracterizado como una "impugnación abierta y libre de la sentencia recurrida". La pretensión impugnatoria está así limitada en su posible fundamentación en los términos que se derivan de los arts. 191 , 205 y 222 de la LPL . De esta forma, queda limitado no sólo el ámbito de impugnación de la pretensión, sino también el ámbito de decisión de la Sala, que, salvo supuestos excepcionales vinculados al orden público procesal, solo puede pronunciarse sobre los motivos propuestos en el recurso. Por ello, el principio "iura novit curia" no rige en los recursos extraordinarios. Así lo ha declarado la Sala en numerosas ocasiones, pudiendo citarse, entre otras muchas, la sentencia del Pleno de 29 de abril de 2004, en la que se establece que "el recurso de casación es un recurso extraordinario y la Sala está vinculada por los motivos legales del recurso y sólo puede conocer de ellos en la medida en que sean propuestos por el recurrente,

de forma que, a diferencia de lo que ocurre en la instancia donde rige el principio «iura novit curia», no es posible estimar el recurso por infracciones distintas de las invocadas en aquél a través de los correspondientes motivos (sentencia de 17 de mayo de 1995 y las que en ella se citan, sentencias de 26 de diciembre de 1995 y 24 de mayo de 2000) y estas infracciones han de determinarse y fundamentarse en el escrito de interposición (artículos 477 y 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por ello, como señala la sentencia de 17 de mayo de 1995, con cita de las sentencias de 16 de diciembre de 1982, 30 de septiembre de 1983, 19 de febrero de 1990 y 3 de junio de 1994, la Sala ha de limitarse única y exclusivamente a examinar las infracciones legales denunciadas por el recurrente".

De ahí se deriva una primera conclusión, pues en el marco de los motivos por infracción legal si la sentencia de instancia no ha podido infringir una norma que no estaba vigente en el momento en que se dictó esa sentencia, tampoco es posible revocar esa resolución, pues es obvio que no concurre ningún motivo legal de revocación o casación: la infracción simplemente no ha existido, aunque podrá formularse una nueva reclamación en virtud de la nueva norma. Por otra parte, si como sucede en el presente caso, esa nueva norma no solo no ha podido ser infringida por no existir cuando se dictó la sentencia de instancia, sino que tampoco ha sido invocada en el recurso de suplicación, es claro que no podía determinar la revocación de la sentencia de instancia porque la Sala de suplicación no podía aplicarla de oficio en el recurso.

Esto nos lleva a una segunda conclusión. La sentencia de suplicación o de casación que estima un recurso por un motivo que no ha sido propuesto no sólo rompe el carácter extraordinario del recurso, sino que es además una sentencia incongruente que vulnera los principios de audiencia, contradicción y defensa. En efecto, en el recurso de suplicación formalizado no se alega la infracción de la disposición transitoria 18ª de la LGSS en la redacción de la Ley 26/2009, sino la vulneración de la Constitución -sin más especificaciones- y la de los artículos 171 , 172 y 174 de la LGSS para sostener la tesis de que no debe exigirse el requisito de tener reconocida la pensión compensatoria. La incongruencia se produce por no haber respetado la sentencia de suplicación los términos de la pretensión impugnatoria y estimar el recurso por un motivo que no ha sido alegado: la infracción de la disposición transitoria 8ª de la LGSS . Así se lo pone de manifiesto una reiterada doctrina constitucional. La STC 53/2005 señala que el cambio en los fundamentos "se ha materializado, además, en el ámbito de un recurso de alcance limitado como el especial de suplicación, en el que los términos del debate vienen fijados por el escrito de interposición del recurrente y la impugnación que del mismo haga, en su caso, el recurrido" y "esta configuración del recurso de suplicación determina que el Tribunal *ad quem* no puede valorar *ex novo* toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes", las cuales no pueden ser privadas de pronunciarse de la oportunidad de alegar sobre la causa que finalmente "resulta determinante de la decisión del recurso", con lo que "la falta de audiencia se convierte en una actuación lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)". Esta doctrina se reitera en la STC 56/2007 , en relación con un supuesto en el que, también en suplicación, se había declarado la improcedencia de un despido por un motivo ajeno al que había sido objeto de debate en el recurso.

En el presente caso la decisión de la sentencia recurrida de aplicar de oficio la Ley 26/2009 es, por tanto, una decisión incongruente, que, al alterar el fundamento de la pretensión impugnatoria, ha vulnerado el principio de audiencia, pues ha impedido al INSS formular alegaciones sobre la causa -la aplicación de la nueva disposición transitoria 18ª de la LGSS - por la que finalmente ha sido condenado, ya que ni esa norma ha sido alegada en el recurso, ni el recurrido pudo oponerse a su condena, lo que ha afectado también al principio de contradicción. La indefensión deriva de que de esta forma se ha impedido a la parte utilizar un medio de defensa: la alegación sobre la inaplicación de la norma que ha motivado el fallo, bien sea por razones sustantivas o procesales. Frente a ello no cabe afirmar que no hay lesión alguna del derecho de defensa argumentando que las circunstancias imprescindibles para el acceso a la protección constan en el expediente administrativo y no se ha introducido ningún dato nuevo. Esta argumentación no puede aceptarse. Aparte de que la oposición no tiene que referirse necesariamente a los hechos, se incurre en una petición de principio al afirmar que no hay lesión del derecho a la defensa porque la actora tiene derecho a la prestación; afirmación que se hace sin oír previamente a la parte que podría oponerse a ese reconocimiento por entender que el derecho no existe, que no tiene el alcance con el que se ha reconocido o que no podía reconocerse en este proceso en el marco de un recurso extraordinario. Con este argumento se podría prescindir del proceso cuando el juez considerase que el demandante tiene razón. Es cierto que el INSS no impugnó el recurso de la actora, pero lo cierto es que se le privó de la oportunidad de impugnar la aplicación de la norma que ha fundado la decisión del órgano judicial y que este recurso muestra que tenía algunas razones para ello, con independencia de que sean atendibles o no.

SEXTO.- Tres precisiones más. En primer lugar, se afirma que el no reconocer a la actora el derecho a la pensión de viudedad en este proceso podría vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva, pues se obliga a la demandante a solicitar de nuevo la prestación en la vía administrativa cuando ya reúne los requisitos exigidos. El argumento no puede aceptarse. La tutela judicial efectiva no comprende el derecho a que los órganos judiciales, para "ahorrar tiempo", apliquen de oficio en un recurso extraordinario las nuevas normas, sin contradicción, ni audiencia de las partes y sin que esa tutela haya sido siquiera reclamada por la parte a quien beneficia. Es muy discutible además que esa grave infracción de las normas procesales tenga una justificación práctica en términos de "economía procesal", pues, si desde el momento en que entró en vigor la Ley 26/2009, la demandante hubiera presentado la correspondiente solicitud ante el organismo gestor en lugar de seguir una vía que incluye dos recursos extraordinarios, es probable que, según los plazos que establece el Real Decreto 286/2003, en abril de 2010 podría haber estado reconocida una prestación sobre la que se sigue discutiendo dos años después de la entrada en vigor de la Ley.

En segundo lugar, la aplicación de las normas que han entrado en vigor cuando se está tramitando un recurso extraordinario ya ha sido considerada por la Sala en sentencia del Pleno de STS 10 de octubre de 2005 (r. 60/2004) en relación con la Ley 14/2005, que volvió a autorizar las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos. En esa sentencia se dijo que "la nueva Ley y el problema de retroactividad que se contiene en su disposición transitoria única, no puede afectar a pleitos con juicios ya celebrados y pendientes de resolver en un recurso extraordinario, como es el de autos", pues "lo contrario supondría una modificación del objeto del proceso, con la consiguiente indefensión para las partes". En el mismo sentido se pronunció la sentencia de 29 de septiembre de 2006 y en la de 13 de octubre de 2005 se recuerda que para aplicar la nueva norma en el marco de un recurso extraordinario sería necesario ...su invocación expresa en un motivo de casación".

Por último, hay que señalar que no desconoce la Sala que algunas sentencias recientes han aplicado de oficio las nuevas normas en esta materia. Esto ha sucedido en las sentencias de 21 de diciembre de 2010 (recurso 1245/2010), 26 de enero de 2011 (recurso 4587/ 2009), 13 de julio de 2011 (recurso 3040/2010) y 18 de enero de 2012 (recurso 1609/2011), aunque no en las de 15 de septiembre de 2011 (recurso 441/2011) y 22 de noviembre de 2001 (recurso 829/2011), pues estas dos últimas sentencias se pronuncian sobre casos en los que la sentencia de instancia se había dictado ya después de la entrada en vigor de la Ley 26/2009, con lo que sobre lo que resuelven es sobre la exclusión de la aplicación de esta ley por no hallarse vigente la misma cuando se dictó la resolución administrativa. Las cuatro sentencias citadas en primer lugar sí que han admiten la aplicación de oficio de la nueva norma en un recurso extraordinario cuando esa norma no estaba en vigor al dictarse la sentencia de instancia, ni en algún caso la sentencia de suplicación. Pero su criterio debe ser rectificado por las razones que aquí se han expuesto.

Por todo ello, procede estimar el recurso del INSS para casar la sentencia recurrida. Ahora bien, dado que lo que se estima es la incongruencia de la sentencia recurrida, no procede resolver sobre el fondo, sino que hay que limitarse a anular la misma con devolución de las actuaciones y del rollo de suplicación para que la Sala de procedencia resuelva sobre el recurso de la actora en los términos en que dicho recurso ha sido planteado. Todo ello sin imposición de costas.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Luisa Segoviano Astaburuaga así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.