



Roj: **STSJ CAT 2836/2011 - ECLI:ES:TJSCAT:2011:2836**

Id Cendoj: **08019340012011101754**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **18/03/2011**

Nº de Recurso: **2366/2010**

Nº de Resolución: **2031/2011**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FRANCISCO BOSCH SALAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 43148 - 44 - 4 - 2008 - 0054811**

ECR

ILMA. SRA. ASCENSIÓ SOLÉ PUIG

ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

ILMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA

En Barcelona a 18 de marzo de 2011

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA núm. 2031/2011**

En el recurso de suplicación interpuesto por Mariola frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Tarragona de fecha 27 de enero de 2010 dictada en el procedimiento nº 1607/2008 y siendo recurridos TGSS T y INSS T. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. FRANCISCO BOSCH SALAS.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 2 de octubre de 2008 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Seguridad Social en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 27 de enero de 2010 que contenía el siguiente Fallo:

"Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por DÑA. Mariola , con D.N.I. nº NUM000 , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a las demandadas de los pedimentos de la parte actora."

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

**PRIMERO.-** La actora Dña. Mariola , nacida el 9-6-1952, en fecha 29-4-2008, solicitó ante el INSS pensión de viudedad con motivo del fallecimiento el día 27-2-2007, del que fue su compañero D. Marino .





Por resolución del INSS de 3-6-2008, se notifica a la actora la denegación de la prestación de viudedad solicitada, por hallarse impedido el solicitante de la prestación para contraer matrimonio en el momento de constituirse como pareja de hecho con el fallecido.

(expediente administrativo)

SEGUNDO.- Formulada la preceptiva reclamación previa por la demandante en fecha 16-7-2008, fue desestimada por el INSS por resolución de 12-8-2008.

(expediente administrativo)

TERCERO.- Dña. Mariola y D. Marino, tuvieron una hija común, Adelina, nacida el 29-5-1979.

(expediente administrativo)

CUARTO.- La demandante contrajo matrimonio con D. Carlos Ramón, el 22-6-1975, inscribiéndose dicho matrimonio en el Registro Civil de Villamanrique de la Condesa.

(docum. nº 1 de la demandante)

QUINTO.- La demandante el pasado día 14-2-2007 la demandante interpuso un expediente de jurisdicción voluntaria sobre declaración de ausencia de su esposo D. Carlos Ramón, que actualmente sigue en tramitación en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Sanlúcar la Mayor.

(docum. nº 4 de la demandante)

SEXTO.- La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 1.034,49 euros, siendo la fecha de efectos la del 28-2-2007.

(hecho no controvertido)

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora Mariola, que formalizó dentro de plazo, y que las partes contrarias, a las que se dió traslado no lo impugnaron, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurre el trabajador contra la sentencia que en materia de Seguridad Social en general ha desestimado su demanda de pensión de viudedad de no casados, por el hecho de no estar divorciada en el momento del fallecimiento. Contra la referida sentencia recurre la demandante al amparo del art. 191 b) solicitando la modificación del hecho probado 5º en el sentido de añadir al mismo que la demandante inició los trámites para demandar por divorcio a su desaparecido esposo en noviembre de 1995 si bien no pudo llevarlo a cabo finalmente habido cuenta de que se le informó que debía iniciar previamente los pasos para declarar ausente al mismo.

No procede la modificación porque no es cierto que la recurrente no pudiera demandar por divorcio, pues conforme al conjunto de hechos declarados probados resulta que contrajo matrimonio el 22/6/1975, y en 1979 tuvo una hija en común con el causante, el cual falleció el 27/2/2007, de modo que es imposible sostener que en el muy largo período de tiempo de convivencia con el causante, de más de 25 años, no pudo obtener el divorcio del matrimonio de 1975. Por ello no puede modificarse el hecho en el sentido pretendido.

**SEGUNDO.-** Al amparo del art. 191 c) LPL denuncia la recurrente la infracción de la disposición adicional tercera de la ley 40/2007 en relación con los arts 181, 182 del Código Civil y 7.1 y 2 LEC. Entiende en sustancia la recurrente que no podía demandar por divorcio sin que se nombrara defensor a su marido, ausente desde pocos meses después del matrimonio, y que por tanto no pudo divorciarse de su marido por causa a ella no imputable. Es extraño que se sostenga que durante casi treinta años no se pudiera solicitar la declaración de ausencia en el dudoso caso de que fuera necesario, y que por ello no se pudo solicitar el divorcio. Es manifiesto que en tan dilatado período de tiempo se pudo perfectamente solicitar tal declaración, la cual por otra parte es innecesaria para la interposición de demanda de divorcio, pues el art. 181 del Código Civil establece una mera facultad y no una obligación ("podrá ... a instancia de parte"), no como requisito para poder ser demandado, sino como garantía para la defensa de sus intereses, correspondiendo en primer lugar el nombramiento en su cónyuge. Por otra parte el art. 7 LEC no impone en modo alguno que la persona de la que se desconozca el paradero no pueda ser demandada, pues bastaría con evitar que se conociera el domicilio, cambiando de paradero, para impedir toda demanda, de modo que la persona de quien no se conoce el domicilio no es incapaz al que se haya de nombrar defensor. Es evidente, por otro lado, que la falta de divorcio obedeció a la falta de interés en obtenerlo, ya que en todo caso desde la consulta de 1995 en que se dijo que debía obtener tal declaración hasta el momento del fallecimiento transcurrieron doce años, en que es claro que pudo obtenerse,





como pudo haberse hecho antes. Es por tanto completamente irrazonable la tesis de que si no se divorció fue porque no pudo.

La disposición adicional tercera de la ley 40/2007 dispone como requisito para poder obtener pensión cuando el hecho causante se produjera antes de la entrada en vigor de la ley el que "el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social", inciso al que se remite la norma según el que se considerará pareja de hecho la constituida "con análoga relación de afectividad, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona..." Es pues requisito necesario el que quienes constituyan pareja de hecho puedan contraer matrimonio, lo que no podía hacerse por la recurrente, que se encontraba aún casada en el momento del fallecimiento de su pareja. Por todo ello ha de desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia recurrida.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Mariola , contra la sentencia de fecha 27 de enero de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Tarragona, en el procedimiento núm. 1607/2008 promovido por la indicada recurrente contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL T. y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL T.; y en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos dicha resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en los números 2 y 3 del Art. 219 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 227 y 228 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita, intente interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, consignará como depósito la cantidad de 300 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**Publicación.**- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

