

Transitoriedad de la Ley 40/2007 y la agilidad de la justicia.

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social

Resumen: La cuestión de fondo que aborda el Tribunal se centra en la determinación del derecho aplicable al reconocimiento de la pensión de viudedad en situaciones de crisis familiar al momento de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, ponderando la trascendencia que a estos efectos representa la dilación del órgano judicial al tiempo de dictar la correspondiente sentencia en los procesos de disolución matrimonial y separación de mutuo de acuerdo.

Palabras clave: Pensión de viudedad. Divorcio. Pensión compensatoria. Derecho transitorio.

Abstract: The substantive issue addressed by the Court focuses on the determination of the law applicable to the recognition of the widow's pension in situations of family crisis at the time of the entry into force of Law 40/2007 of 4 December on measures in the field of Social Security (that is, on 1 January 2008, in accordance with its sixth final provision), weighing the importance that for these purposes represents the delay of the judicial body at the time of issuing the corresponding sentence in the processes of marital dissolution by mutual agreement.

Keywords: Widow's pension. Divorce. Compensatory pension. Transitional law.

I. Introducción

La cuestión analizada orbita en torno a la determinación del derecho aplicable al reconocimiento de la pensión de viudedad en situaciones de crisis familiar en el momento de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social (esto es, el 1 de enero de 2008, de conformidad con su disposición final sexta), ponderando la trascendencia que a estos efectos representa la dilación del órgano judicial al tiempo de dictar la correspondiente sentencia en los procesos de disolución matrimonial de mutuo de acuerdo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia número 548/2022, de 15 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCD núm. 671/2019.

ECLI:ES:TS 2022:2550

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El caso que comentamos parte del matrimonio celebrado por la actora (Doña A.) y el causante en fecha 1991, siendo ambos padres de una niña nacida en el año 1995.

El 27 de febrero de 2007 los cónyuges presentaron demanda de divorcio de mutuo acuerdo, que incluía entre sus previsiones el abono de una pensión compensatoria a favor de la Señora A. hasta octubre de 2008; recayendo sentencia el 1 de julio de julio de 2008 que aprobó el convenio regulador presentado por los cónyuges.

El ya exesposo falleció en noviembre de 2014, y tras solicitar Doña A. el reconocimiento de pensión de viudedad, el INSS en fecha 13 de enero de 2015 deniega su derecho argumentando que la solicitante no venía percibiendo pensión compensatoria, así como que el divorcio no era de fecha anterior al 1 de enero de 2008.

Impugnada tal resolución ante la Jurisdicción Social, el 31 de mayo de 2017 recayó sentencia del Juzgado de lo Social nº 24 de los de Madrid que rechazó la posición de la actora, razonando que, siendo la naturaleza de la sentencia de divorcio de carácter constitutivo, y haber recaído aquélla estando vigente ya el nuevo texto legal la norma aplicable habría de serlo el artículo 174 de la LGSS, y no la DT 13 (antigua DT18º) de la LGSS.

No conforme con tal decisión, recurre ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recayendo Sentencia^[1] de nuevo desestimatoria de sus pretensiones, razonando que, pese a la doctrina de la Sala Cuarta flexibilizadora del requisito temporal de (que) la separación o divorcio sean anterior a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, ampliando el derecho a aquellos supuestos en los que, aun siendo la sentencia de separación o divorcio posterior a 1 de enero de 2008, la demanda se había presentado con anterioridad, añade que "en el presente supuesto (...) la viuda demandante carecía de pensión compensatoria, razonando con acierto la instancia que "de la lectura de la sentencia de divorcio (véase el primero de sus AA. de H.) resulta que si bien se los litigantes, entre los efectos personales y patrimoniales, pactaron una pensión compensatoria a razón de 300 euros al mes (a favor de la actora y apagar por quien fue su esposo y después causante de la pensión ahora discutida), no es menos cierto que también previeron su extinción de suerte que la mensualidad de octubre de 2008 habría de ser la última. Por ello, cuando enviudó la actora (XI-2014), la pensión compensatoria llevaba seis años extinguida. Y por ello la actora no reúne el requisito general que exige el art. 174.2 de ser acreedora de la pensión compensatoria al tiempo del óbito del causante de la pensión, por lo que ésta no se extinguió por su muerte".

IV. Posición de las partes

Frente a tal resolución se alza en casación para unificación de doctrina la Señora A. esgrimiendo como sentencia y doctrina de contradicción la contenida en Sentencia de la Sala Cuarta de 14 de marzo de 2016 (rcud.208/2015) que abordaba el caso del reconocimiento de pensión de viudedad, tras el fallecimiento del causante en abril de 2013, a quien había contraído matrimonio con aquél en septiembre de 1976 hasta que en febrero de 2008 recayó sentencia de divorcio. En el convenio regulador se rubricado en noviembre de 2007 (sin contemplar pensión compensatoria) y la demanda de divorcio se presentó en diciembre de 2007.

V. Normativa aplicable al caso

La Sala, en la resolución comentada, se enfrenta al análisis de la Disposición Transitoria 18ª de la LGSS de 1974 introducida por la Disposición Final tercera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, ahora Disposición Transitoria 13ª, en cuya virtud: *“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 párrafo segundo del artículo 220.1, 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.

b) Que tenga una edad superior a los cincuenta 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.

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 220 de esta ley”

También analizan la trascendencia del artículo 777 de la LEC que disciplina el procedimiento de separación y divorcio de mutuo acuerdo, que señala que *“Las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en el presente artículo.*

2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo.

3. Admitida la solicitud de separación o divorcio, el Letrado de la Administración de Justicia citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición. Si ésta no fuera ratificada por alguno de los cónyuges, el Letrado de la Administración de Justicia acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover la separación o el divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 770. Contra esta resolución del Letrado de la Administración de Justicia podrá interponerse recurso directo de revisión ante el Tribunal.

4. Ratificada por ambos cónyuges la solicitud, si la documentación aportada fuera insuficiente, el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia que fuere competente concederá a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y la

demás que el tribunal considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador.

5. Si hubiera hijos menores o hijos mayores con discapacidad y medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y serán oídos cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio hijo. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si este no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.

6. Cumplido lo dispuesto en los dos apartados anteriores o, si no fuera necesario, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges, el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre el convenio regulador”

VI. Doctrina básica

La Sala Cuarta en la resolución que comentamos reitera la doctrina del Tribunal^[2] relativa a la flexibilización del cumplimiento del requisito temporal a que se refería la DT 18 de la LGSS, pues dicho precepto permitía la exoneración del requisito de la condición de ser acreedor de pensión compensatoria al solicitante de pensión de viudedad que, reuniendo los requisitos exigidos en la referida transitoria, acreditará que su separación o divorcio hubiera acontecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, esto es, antes del 1 de enero de 2008.

Sigue razonando la Sala que, pese al carácter constitutivo de la sentencia de divorcio^[3], ello no impide mantener tal criterio, pues la resolución judicial que declara el divorcio de mutuo acuerdo se limita constatar la concurrencia de los requisitos previos exigidos por el legislador para acceder a tal forma consensuada de disolución del matrimonio, homologando la decisión de los cónyuges de dejar de serlo puesta de manifiesto ya desde la propia demanda así como desde la ratificación por cada uno de ellos del convenio regulador por separado.

Esta realidad queda corroborada, a juicio del Alto Tribunal, por la expresión utilizada en el artículo 777 de la LEC; que se refiere, tras la referida ratificación del convenio, a que “inmediatamente después” se procederá a dictar sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio sin necesidad de ningún otro trámite, aprobando en el primer caso las medidas contenidas en el convenio regulador.

En este escenario, concluye la Sala, no existe obstáculo procesal alguno para que la sentencia pueda dictarse de manera casi simultánea a la fecha de interposición de la demanda, pues ese es el espíritu y finalidad de la norma y a esa conclusión conduciría una interpretación auténtica y finalista del precepto; de tal suerte que ha de entenderse que se reúnen los requisitos exigidos por la transitoria que nos ocupa en casos como el comentado aun cuando la resolución que acuerde el divorcio de mutuo acuerdo sea de fecha posterior a 1 de enero de 2008, en tanto en cuanto, insistimos, el órgano judicial se ha limitado “a homologar lo pretendido por las partes y expuesto al órgano jurisdiccional”.

Añade, como *obiter dicta*, que la resolución adoptada no puede resultar “ajeno a la posibilidad -silenciada en las actuaciones- de una posible concurrencia de personas beneficiarias, caso en el que debe reservarse el posible derecho de las mismas a participar en la pensión.

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto la Sala concluye que procede estimar el recurso de casación por lo que procede casar y anular la sentencia de suplicación, y también la dictada por el juzgado de lo social, puesto que la demanda debía haber sido estimada, sin imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

Centra el Tribunal sus razonamientos jurídicos más relevantes en el fundamento de derecho cuarto, donde sintetiza su doctrina unificada sobre la interpretación de la disposición Transitoria 18ª de la LGSS en casos como el que analizamos.

IX. Comentario

Varias cuestiones se desprenden de la sentencia que comentamos. La primera que consideramos relevante reseñar es la relativa a como la Sala Cuarta se muestra especialmente sensible frente a las dificultades que viven los justiciables frente al retraso en la administración de justicia, desde el punto de vista más estricto; pues no cabe que por el hecho de la tardanza de un concreto órgano judicial en el señalamiento y dictado de una resolución judicial que, *a priori*, no conlleva especial complejidad técnica, se desencadenen perniciosos efectos para el ciudadano que ha acudido de manera diligente a la jurisdicción, en búsqueda de la tutela de sus derechos.

Sin embargo, demoras como las que contempla la Sala no siempre serán debidas a causa imputables al titular del órgano sentenciador, pues es sabido y conocido el “*infradimensionamiento*” de la planta judicial, encontrándonos con una “super” demanda de actuación de los Tribunales de Justicia en todos los órdenes que multiplica de manera exponencial las previsiones contenidas en una ya más que obsoleta Ley de Demarcación y Planta Judicial del siglo pasado.

Pero dejando de lado esta desdichada realidad, que sería casi más de logística judicial; podemos destacar otras cuestiones a las que casi de soslayo se refiere la Sala, como es el supuesto de concurrencia de beneficiarios en los casos de crisis familiar, materia que fue ya abordada por el Alto Tribunal en Sentencia número 136, de 9 de febrero de 2022 donde tras reiterar su doctrina más reciente, sentada en sentencia de 9 de junio de 2021, recurso 3901/2018 junio de 2021, insiste en que la pensión de viudedad en los casos de concurrencia de beneficiarios es única y plena; de tal suerte que el fallecimiento del excónyuge ni da lugar a un nuevo hecho causante, ni a un nuevo cálculo de ésta. Únicamente se trata de la recuperación del estado de cosas a la que en un inicio habría tenido derecho el cónyuge legítimo caso de haber concurrido a esta prestación contributiva en solitario

X. Apunte final

Uno de los problemas aplicativos de la DT 18ª que también resultaría de interés el relativo a su alegación respecto de procedimientos ya en curso, pudiendo diferenciar tres momentos bien diferenciados^[4]: el primero sería aquél en que la demanda se hubiere presentado antes de la entrada en vigor de la disposición transitoria, habiéndose agotado la vía administrativa bajo la regulación anterior. El principio de congruencia sentado por el artículo 72 de la LRJS^[5] parecería conducir a la conclusión relativa a la imposibilidad de introducir en la sede judicial nuevos argumentos novedosos basados en la DT 18º.

Sin embargo, esta no fue la posición acogida por la Sala Cuarta^[6] quien distingue entre lo que denomina “un problema sustantivo de uno procesal”. El sustantivo se refiere “a la aplicación temporal de la nueva norma a un hecho causante que se produjo con anterioridad a su aprobación, publicación y vigencia”; y “el problema procesal que consiste en la posibilidad de aplicar esa norma en un proceso que tiene su origen en lo decidido en un procedimiento administrativo que se inició y se resolvió cuando la nueva regulación no existía”.

La cuestión que aborda el Tribunal es la posibilidad de plantear en vía judicial una cuestión -la aplicación de la disposición transitoria 18ª de la LGSS a la solicitud de pensión formulada por la actora- que por las razones temporales no pudo ser resuelta en el procedimiento administrativo. Este planteamiento incluye, sin embargo, varias cuestiones: 1ª) el alcance de la denominada congruencia entre la vía administrativa previa y el proceso; 2ª) la posible existencia de una variación sustancial de la

demanda y 3ª) la entrada en el recurso extraordinario de una cuestión no debatida en la instancia y, eventualmente, sin su alegación a través de un motivo de suplicación.

Respecto de la primera cuestión concluye que *“la aplicación de la disposición transitoria 18ª de la LGSS no vulnera la denominada congruencia o, más exactamente, correspondencia entre la vía previa y el proceso, que establecen los arts. 72 y 142.2 de la LPL. Esta exigencia de correspondencia 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”*^[7]. Se trata de una flexibilidad, añade la Sala que se corresponde con la doctrina de la Sala Tercera^[8] relativa al carácter revisor de la vía administrativa.

En definitiva, “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 podía y debía haber sido apreciado en la sentencia de instancia en virtud del principio *"iura novit curia"*, ya que la norma entró en vigor antes de dictarse esta resolución”.

La segunda posibilidad ante la que se puede encontrar el operador jurídico es aquella en la que la DT 18ª entrara en vigor entre la presentación de la demanda y la sentencia de instancia. La doctrina que acabamos de transcribir dará la respuesta esta segunda hipótesis, debiendo ser el juzgador el que, por mor de este principio rector del proceso, deba aplicar de oficio la disposición en cuestión.

El problema surgiría, en la tercera situación posible, que es en el caso de encontrarse el proceso en fase de recursos extraordinario de suplicación o casación, donde no rige el citado principio, quedando el Tribunal sujeto, en cuanto a la censura jurídica, al derecho aplicado y denunciado como infringido en el recurso^[9]. Lo que para un sector de la doctrina^[10] conduciría inevitablemente a la necesidad de interponer una nueva solicitud de reconocimiento de la pensión de viudedad, de nuevo colisiona con la posición de la doctrina jurisprudencial^[11] que interpreta y aplica otra vez de manera flexible la DT 18ª, reconociendo el derecho sin necesidad de formular nueva solicitud.

Para terminar el análisis de esta disposición transitoria hemos de señalar que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social añadió un nuevo apartado segundo ala DT 18ª (que entraría en vigor el 1 de enero de 2013) con el siguiente tenor: “También tendrán derecho a la pensión de viudedad las personas que se encuentren en la situación señalada en el primer párrafo del apartado anterior, aunque no reúnan los requisitos señalados en el mismo, siempre que se trate de personas con 65 o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a 15 años. La pensión se reconocerá en los términos previstos en el apartado anterior”.

La doctrina ha tenido ocasión de interpretar esta nueva disposición, no carente de imprecisiones, surgiendo una primera duda en torno al sentido que haya de darse a la expresión “situación señalada en el párrafo anterior”. Tal mención podría referirse a quienes reuniesen todos requisitos enunciados en el apartado primero de la DT 18ª (esto es: que 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; que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años; que tengan de hijos comunes; y que tenga una edad superior a los cincuenta años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión). O también, como mantienen otros lo más razonable fuera entender que el envío esté

referido a los hechos causantes acontecidos tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007, pues ya el propio apartado viene a exigir para el acceso a la pensión unos requisitos propios y distintos, los cuales sustituirían a los del apartado primero. Por tanto, la ampliación se referiría a las separaciones y divorcios acaecidos con anterioridad al 1 de enero de 2008 y hechos causantes producidos hasta el 31 de diciembre de 2009.

Se plantean también algunos en qué momento ha de concurrir el requisito de la edad a que se refiere el precepto, si en el momento de acontecer el fallecimiento del causante, o en aquél en el que se solicita la pensión. Parece que lo razonable será optar por esta última posición dado el carácter imprescriptible de la pensión de viudedad^[12] lo que determina que pueda ser solicitada por el beneficiario en cualquier momento una vez reuniera los referidos requisitos.

Para algunos^[13] las propias exigencias relativas a la edad del beneficiario (ya pensionable) así como al hecho de carecer del derecho de acceso a cualquier otra pensión pública aproxima a esta nueva forma de la pensión a la función constitucional de sustitución de rentas y, por lo tanto, al nivel asistencial de la Seguridad Social. En cualquier caso afirman, y no les falta razón, que las medidas adoptadas para acreditar la insuficiencia de rentas y la situación de dependencia económica en ese intento legislativo de recuperar la protección de los cónyuges históricos, no se logró de manera satisfactoria ni a través del acceso al instrumento de la pensión compensatoria, ni tampoco por el cauce de los elementos introducidos vía disposiciones transitorias tales como la edad del beneficiario, la duración del vínculo matrimonial, o el lapso entre la ruptura matrimonial y el hecho causante; pues ninguno de todos ellos resulta ser capaz de constatar de manera real y efectiva la capacidad económica del cónyuge supérstite^[14].

Referencias:

1. [^] *Sentencia nº 662/2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de noviembre de 2018, en el recurso de suplicación nº 730/2017.*
2. [^] *Sentada en sentencias 215/2016 de 14 de marzo (rcud.208/2015), 932/2017 (rcud.1620/2016) y 1042/2017 de 20 de diciembre (rcud.1911/2016). Aquí la Sala señala que “esta Sala comparte el criterio mantenido en la sentencia de instancia, que a la hora de enjuiciar el concreto supuesto que nos ocupa argumenta que nos encontramos ante un divorcio de mutuo acuerdo, en el que no existe controversia alguna entre las partes, ni en cuanto al divorcio ni en cuanto a ninguno de sus efectos, siendo presentada la demanda el 12-12-2007 a la que se acompaña un convenio regulador de fecha 20-11-2007, en el que se ratificaron las partes, siendo aprobado en su integridad por sentencia de fecha 8 de febrero de 2008. Ello supone, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda, que de haberse respetado los plazos establecidos en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a los procesos de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo, (admitida la solicitud de separación o divorcio, el secretario judicial citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición. Ratificada por ambos cónyuges la solicitud si la documentación aportada fuera suficiente, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges, el Tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre*

el convenio regulador), teniendo en cuenta que no existían hijos menores de edad por lo que no era necesario el informe del Ministerio Fiscal, la sentencia de divorcio bien pudo haber recaído antes del 31 de diciembre de 2007, sin que el retraso en la Administración de Justicia deba perjudicar a las partes en sus derechos cuando el mismo no les es imputable, por ello no debe hacerse una interpretación literal de la Disposición Transitoria 18 de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la fecha de efectos del divorcio, atendiendo a que las partes suscribieron el convenio regulador de los efectos del divorcio ya el 20 de noviembre de 2007 y presentaron la demanda de divorcio de común acuerdo el 12 de diciembre de 2007 y a pesar de que la sentencia de divorcio se dictó en fecha 8 de febrero de 2008, debe estimarse que en este concreto supuesto debe reconocerse el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad por aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 18 de la Ley General de la Seguridad Social sin que resulte exigible para generar dicha prestación de viudedad la previa existencia de una pensión compensatoria tras la separación o el divorcio de los cónyuges".

3. ^ Así, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de septiembre de 2018 (recurso de apelación 770/2017) señala que "Dado el carácter constitutivo de la sentencia de divorcio y que los particulares necesariamente deben acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener una disolución por divorcio de su vínculo matrimonial, no se hace expreso pronunciamiento en costas en este tipo de procesos".
4. ^ DESDENTADO DAROCA, E. "La pensión de viudedad. Retos del derecho de Familia" Bomarzo SL. Albacete. 2013. Páginas 136 a 139.
5. ^ En cuya virtud "en el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad".
6. ^ En Sentencia de 15 de febrero de 2012 (recurso 4262/2010) seguida por Sentencias de 26 de diciembre de 2012 (recurso 154/2012), de 24 de julio de 2012 (recurso 1573/2011), de 21 de julio de 2014 (recurso 2074/2013), de 22 de abril de 2015 (recurso 70/2014), de 10 de octubre de 2016 (recurso 1787/2015) o de 16 de noviembre de 2017 (recurso 1507/2016).
7. ^ Sentencias de 25 de junio de 1998 y 7 de diciembre de 2004.
8. ^ Sentencias de la Sala 3ª de 15 de junio de 2002 y de 14 de febrero de 2002.
9. ^ Así, artículos 193 y 219 de la LRJS.
10. ^ DESDENTADO DAROCA, E. "La pensión de viudedad. Retos del ..." Pág. 138.
11. ^ Sentencia de la Sala Cuarta de 8 de febrero de 2012 que aplica la doctrina sentada en sentencia de 18 de enero de 2012, recurso 1609/2011 afirmando que "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)". No obstante dicha resolución cuenta con un voto particular que afirma que "las conclusiones tienen que ser

necesariamente distintas desde el momento en que se entra en un recurso extraordinario, como la suplicación o la casación” (...) lo que supone que “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”. De esta realidad procesal se extrae una primera consecuencia: “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”. Y en segundo término, “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” con lo que tal 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”. Y concluye que “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”; rechazando duramente que exista lesión alguna del derecho de tutela judicial efectiva de la beneficiaria como consecuencia de la denegación de su derecho con necesidad de plantear nueva solicitud ante la entidad gestora; pues precisamente un quebranto tan grave de las garantías del procedimiento se compadece torpemente con los principios de economía procesal; existiendo ya una consolidada doctrina de la Sala sobre los efectos retroactivos de las normas cuando entran en vigor en fase de recurso extraordinario, así en Sala en sentencia del Pleno de STS 10 de octubre de 2005 (recurso 60/2004) recaída en materia de cláusulas de jubilación forzosa. A favor de esta posición doctrinal se ha posicionado autores como GOLZALEZ DEL PATIO, ROSA Mª “La pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial...” La pensión de viudedad. Una reforma necesaria ante los cambios en las estructuras familiares, Editorial Comares. 2013. Pág. 224.

12. ^ En los términos del artículo 230 de la LGSS en cuya virtud “El derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción, será imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud
13. ^ GOLZALEZ DEL PATIO, ROSA Mª “La pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio y nulidad...” La pensión de viudedad. Una necesaria reforma.... Op.cit. Pág 225.
14. ^ En este mismo sentido VIDA FERNANDEZ, R. “Pensión de viudedad y violencia de género. Análisis crítico de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género”. MORENO VIDA, Mª N. Y OTROS La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares, Editorial Comares. 2013. Página.271.