



Roj: **STS 4185/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4185**

Id Cendoj: **28079130042017100426**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **31/10/2017**

Nº de Recurso: **328/2016**

Nº de Resolución: **1657/2017**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 31 de octubre de 2017

Esta Sala ha visto el recurso RCA n.º **328/2016**, interpuesto por doña Dolores , representada por la procuradora doña Gema Pinto Campos y defendida por el letrado don Juan Carlos Herranz Blázquez, contra la sentencia dictada el 10 de octubre de 2016 por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso n.º 40/2016 , contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 30 de septiembre de 2015 [R. G. 1649/2012], sobre Clases Pasivas. Se ha personado, como recurrida, la Administración, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso n.º 40/2016, seguido en la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el 10 de octubre de 2016 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLAMOS:

1. Desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de D^a Dolores contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 30 de septiembre de 2015 [R. G. 1649/2012]. Y, en consecuencia, confirmamos la mencionada resolución administrativa, así como las resoluciones de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas a que aquella se contrae, ya mencionadas, por encontrarse todas ellas ajustadas a Derecho.
2. Sin imposición de las costas procesales causadas en esta instancia».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia anunció recurso de casación doña Dolores y, tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada e identificar como norma infringida el artículo 38.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en dicho escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 28 de noviembre de 2016, tuvo por preparado el recurso, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo.

TERCERO.- Personados ante esa Sala, en tiempo y forma, la procuradora doña Gema Pinto Campos, en representación de la Sra. Dolores , como recurrente, y el Abogado del Estado, en representación de la Administración, como parte recurrida, la Sección de Admisión de esta Sala, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90.2 de la Ley de la Jurisdicción , por auto de 13 de marzo de 2017 , acordó:



«Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de doña Dolores contra la sentencia de 10 de octubre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) de la Audiencia Nacional, en el procedimiento ordinario núm. 40/2016.

Segundo. Precisar que las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

1. Si el período de convivencia con el causante de los derechos pasivos, como pareja de hecho, contemplado en el artículo 38.1, párrafo segundo, del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión (no temporal) de viudedad, ha de ser inmediatamente anterior a la fecha de celebración del matrimonio.
2. Si, por el contrario, cabría computar a tal efecto –y en qué circunstancias– períodos de convivencia entre los mismos cónyuges no inmediatamente anteriores a la fecha de celebración del matrimonio. Y
3. Si, en el caso de que no fuera posible computar tales períodos, resulta completamente irrelevante para determinar la cuantía y duración de la pensión de viudedad la existencia de un matrimonio anterior –constante durante varios años– entre los mismos cónyuges (el causante de los derechos pasivos y su viuda), disuelto por divorcio antes de que esos mismos cónyuges contrajeran nuevas nupcias.

Tercero. Identificar como norma jurídica que en principio será objeto de interpretación el artículo 38.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, en la redacción otorgada por la Disposición final 3.3 de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre.

Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto. Y

Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme».

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 17 de marzo de 2017 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

QUINTO.- La procuradora doña Gema Pinto Campos, en representación de doña Dolores, evacuó el trámite conferido mediante escrito de 4 mayo de 2017 en el que precisó el motivo en el que funda su recurso en la siguiente forma:

«Aplicación indebida del artículo 38 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, con especial referencia a su número 1. No ha aplicado la Sala el referido precepto con arreglo a la equidad conforme contempla el artículo 3.2 del Código Civil. Ha mediado vulneración de Derechos Fundamentales, el derecho a la igualdad, artículo 14 C.E., y a la libertad ideológica y religiosa, artículo 16 C.E.».

Y solicitó a la Sala que

«[...] dicte sentencia que, estimando el mismo, acuerde casar la sentencia recurrida y dictar otra que estime en su totalidad la demanda interpuesta en su día declarando no ajustada a derecho y dejando sin efecto la resolución recurrida acordando, en su lugar, el reconocimiento de la pensión de viudedad vitalicia en los términos en que fue solicitada en su día con abono de atrasos desde que tuvo lugar el hecho constitutivo e intereses que correspondan o, subsidiariamente, lo mismo pero con el límite de la pensión compensatoria debidamente actualizada».

SEXTO.- Evacuando el traslado conferido por providencia de 1 de junio de 2017, el Abogado del Estado se opuso al recurso y, en virtud de las consideraciones expuestas en su escrito de 15 de junio de 2017, solicitó su desestimación, por ser conforme a Derecho, dijo, la resolución judicial impugnada, "con imposición de costas a la parte contraria".

SÉPTIMO.- Concluidas las actuaciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, por providencia de 13 de julio de 2017 se acordó la celebración de vista pública que se señaló para el día 17 de octubre del corriente, en que ha tenido lugar. Y el 27 siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que están el origen del proceso.



Al fallecer su marido, don Eleuterio el 16 de abril de 2011, su viuda, doña Dolores , solicitó la pensión de viudedad prevista en el artículo 38.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril. Le fue denegada por la resolución de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas de 21 de diciembre de 2011. Esa decisión fue confirmada por el Tribunal Económico Administrativo Central el 30 de septiembre de 2015.

En ambos casos la razón fue la de que no había transcurrido un año desde la celebración del matrimonio hasta el fallecimiento, que se debió a una enfermedad común anterior al vínculo conyugal, ni se había probado que los cónyuges hubieran convivido como pareja de hecho un tiempo que sumado al de duración del matrimonio superase los dos años. En otras palabras, no se tuvieron por cumplidos los requisitos exigidos por el artículo 38.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado , en la redacción que le dio la disposición final 3ª de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado . De ahí que solamente se le reconociera de acuerdo con aquél precepto el derecho a percibir pensión por dos años.

La Sra. Dolores había explicado que, efectivamente, contrajo matrimonio con el Sr. Eleuterio , funcionario del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, el 4 de enero de 2011, es decir algo más de tres meses antes de su fallecimiento, pero que ambos se casaron el 27 de julio de 1985 y se divorciaron por sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Caspe de 27 de febrero de 2009 por desavenencias y por la enfermedad que padeció el Sr. Eleuterio . Enfermedad por cuya causa fue jubilado por incapacidad absoluta para el servicio el 31 de marzo de 2007 y que acabaría produciendo su fallecimiento. Añadía la Sra. Dolores que, pese al divorcio, no se interrumpió la convivencia y que cuidó al Sr. Eleuterio durante toda su enfermedad. Aportó en ese sentido un certificado médico expedido por don Higinio según el cual la Sra. Dolores acompañó y cuidó al Sr. Eleuterio durante su enfermedad y hasta su fallecimiento, precisando que le constaba que así había sucedido en los cinco últimos años.

Estos extremos los hizo valer ante la Audiencia Nacional. En su demanda también alegó la singularidad de su caso y que el artículo 38 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado no exige que la convivencia previa a la que se refiere deba ser inmediatamente anterior al matrimonio. Además, señaló que si vale lo menos, la unión de hecho, con más motivo había de servir lo más, el matrimonio. Asimismo, sostuvo que la interpretación que defendía era equitativa porque con ella se logra mayor justicia. Terminaba diciendo:

«La situación es atípica, por eso su previsión exacta y literal escapa al legislador, y viene marcada por una enfermedad grave del causante que solicita el divorcio y vuelve con la mujer que no ha dejado de cuidarle durante el desarrollo de su enfermedad. Lo que se pide es justo y su concesión enmarcable en derecho».

SEGUNDO.- La sentencia de la Audiencia Nacional.

Desestimó el recurso contencioso-administrativo de la Sra. Dolores .

Tras referirse al marco normativo representado por el artículo 38 de constante cita, recoge los razonamientos con los que el Tribunal Económico Administrativo Central rechazó que se cumpliera el requisito de la convivencia y para desestimar el recurso de la Sra. Dolores dice:

«Sin embargo, la interpretación propugnada en la demanda no se acomoda a lo prevenido en el art. 38 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado . Pues como tiene dicho este órgano judicial en sentencia de 18 de marzo de 2016 [P. O. 270/2015]:

"...de lege data, el reconocimiento del derecho propugnado está supeditado a que, a la fecha de celebración del matrimonio, el solicitante de la prestación hubiera mantenido convivencia con el causante, como pareja de hecho, durante un período que, sumado al mantenido bajo vínculo matrimonial, exceda de dos años. Lo que comporta la necesidad de acreditar la convivencia en tales condiciones. Circunstancia, ésta, que no concurre en el supuesto examinado".

Y la Ley, al establecer el requisito de la convivencia conyugal de un año inmediatamente anterior al fallecimiento del causante, no contempla la posibilidad de sumar a dicho período un período de convivencia conyugal mediatamente anterior, correspondiente a un precedente matrimonio, que se hubiera interrumpido como consecuencia de la disolución del vínculo por divorcio. Sino que lo que contempla es la posibilidad de sumar, al período de convivencia conyugal inmediatamente anterior al fallecimiento del causante, "un período de convivencia con el causante, como pareja de hecho, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años". Supuesto de excepción que, por las razones que puso de relieve el TEAC, no se ha acreditado.

En consecuencia, carece de fundamento propugnar el encaje de las circunstancias alegadas en la demanda en el art. 38.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado . Lo que conduce al rechazo de la misma al no haberse acreditado, por las razones expuestas, que la demandante hubiera completado un



período de convivencia con el causante, como pareja de hecho, que, sumado, al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años».

TERCERO .- El interés casacional objetivo apreciado por la Sección Primera de esta Sala y el escrito de interposición.

El auto de 13 de marzo de 2017 de la Sección Primera de esta Sala apreció el interés casacional objetivo de este recurso de casación y lo concretó en las tres cuestiones que hemos recogido en los antecedentes y vamos a reiterar ahora:

«1. Si el período de convivencia con el causante de los derechos pasivos, como pareja de hecho, contemplado en el artículo 38.1, párrafo segundo, del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión (no temporal) de viudedad, ha de ser inmediatamente anterior a la fecha de celebración del matrimonio.

2. Si, por el contrario, cabría computar a tal efecto –y en qué circunstancias– períodos de convivencia entre los mismos cónyuges no inmediatamente anteriores a la fecha de celebración del matrimonio. Y

3. Si, en el caso de que no fuera posible computar tales períodos, resulta completamente irrelevante para determinar la cuantía y duración de la pensión de viudedad la existencia de un matrimonio anterior –constante durante varios años– entre los mismos cónyuges (el causante de los derechos pasivos y su viuda), disuelto por divorcio antes de que esos mismos cónyuges contrajeran nuevas nupcias».

Ese auto también identificó como norma jurídica objeto, en principio, de interpretación el artículo 38.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado .

CUARTO.- El escrito de interposición.

Sostiene en él la Sra. Dolores que la sentencia impugnada ha confirmado una actuación administrativa que aplica indebidamente el artículo 38 de la Ley de Clases Pasivas del Estado pues no ha tenido en cuenta la equidad contemplada por el artículo 3.2 del Código Civil . También le reprocha la vulneración del principio de igualdad y del derecho fundamental a la libertad religiosa.

Al desarrollar su argumentación y, a propósito de las cuestiones en las que el auto de la Sección Primera ha visto interés casacional objetivo, alega cuanto en síntesis vamos a exponer.

En primer lugar, que el artículo 38 no dice nada acerca de que la convivencia requerida deba ser inmediatamente anterior al matrimonio.

En segundo lugar, entiende que se ha de tener en cuenta la convivencia entre los mismos cónyuges cuando, como aquí, no es simbólica aunque esa convivencia no fuera inmediatamente anterior al último matrimonio. Sostiene que es contrario a la igualdad no aceptar la que se da bajo la forma de matrimonio mientras que sí vale la habida en unión de hecho. Explica, además, que siendo la finalidad de la norma evitar matrimonios de conveniencia con enfermos terminales a fin de que el cónyuge superviviente obtenga pensión de viudedad permanente en fraude de ley, no es eso lo que sucede aquí y resalta que la relación entre la Sra. Dolores y su marido nunca llegó a romperse a pesar de la enfermedad terminal de éste sino que se reanudó tras su ruptura.

En tercer lugar, se refiere a que si el anterior matrimonio hubiera generado *per se* el derecho a la pensión, el nuevo no debería tenerse en cuenta pues ese vínculo no podría utilizarse como un acontecimiento restrictivo sino como un elemento de refuerzo respecto del nacimiento del derecho a la pensión de viudedad. De otro modo, se incurriría en desigualdad por perjudicar a quienes deciden casarse y reforzar así su unión cuando está cercano el fallecimiento de uno de los dos, circunstancia en la que entran en juego factores sentimentales e incluso religiosos que se han de respetar. Y, tras referirse a la pensión compensatoria de 325 € que vio reconocida con el divorcio y señalar que la de viudedad no la supera, afirma que de no aceptarse como válida la convivencia matrimonial previa debería aplicarse el apartado 2 del artículo 38.

Por lo demás, subraya la peculiaridad de la situación que se ha producido y reclama un entendimiento de la norma acorde con su espíritu para que "no quede fuera de protección un supuesto de hecho que, por justicia, debe estar incardinado en ella". "No se trata –dice– de consideraciones personales o morales, sino de derecho". En este punto se refiere a la equidad para reiterar la alegación que efectuó en la instancia.

Añade que interpretar el precepto literalmente como ha hecho la sentencia "contribuye a dejar sin pensión permanente a una viuda sin recursos que ha estado casada con el causante durante gran parte de su vida y dejó de estarlo sólo de manera temporal. El legislador no puede prever todos los detalles de la vida cotidiana y por ello corresponde al aplicador penetrar en el por qué de las normas para poder adecuarlas al caso concreto en busca de un efecto de mayor justicia como prevé el artículo 3.2 del C.C .".



Por último, mantiene que la sentencia de la Audiencia Nacional ha supuesto, la vulneración de la igualdad por el trato dado a quienes han contraído matrimonio en comparación con el dispensado a quienes no lo ha hecho. Asimismo, dice que ha infringido el derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido por el artículo 16 de la Constitución ya que "el hecho de que unas personas se casen en los últimos días de la vida de uno de los cónyuges puede tener un claro fundamento ideológico o religioso".

QUINTO.- La oposición del Abogado del Estado.

Nos ha pedido que desestimemos el recurso de casación porque a su entender la sentencia desestimó correctamente el recurso de la Sra. Dolores dado que la actuación administrativa recurrida se ajustó a la legalidad. Ha insistido en que el recurso de casación es un remedio extraordinario en el que no cabe revisar la valoración de las pruebas efectuada en la instancia. Además, ha subrayado que no se daban los requisitos establecidos por el artículo 38 para reconocer el derecho a la pensión de viudedad a la recurrente ni por el período transcurrido entre el segundo matrimonio y el fallecimiento por enfermedad común previa al mismo de su marido ni porque no se había acreditado su convivencia como pareja de hecho en el período inmediato anterior tal como lo exige este precepto.

SEXTO .- El juicio de la Sala.

Las tres cuestiones determinantes del interés casacional objetivo identificadas por el auto de la Sección Primera son, en realidad, la misma o, si se prefiere, una sola: la de si es o no relevante el matrimonio precedente entre ellos de los mismos cónyuges que volvieron a casarse cuando uno, el marido, el Sr. Eleuterio , se encontraba ya en la última fase de su enfermedad, la que le llevaría en pocas semanas a fallecer.

Para la Sala la respuesta no puede ser otra que la afirmativa.

El artículo 38.1 de la Ley de Clases Pasivas del Estado dice:

«Artículo 38. Condiciones del derecho a la pensión.

1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad quien sea cónyuge superviviente del causante de los derechos pasivos.

En los supuestos en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando existan hijos comunes, ni tampoco cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, como pareja de hecho, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

Cuando el cónyuge no pueda acceder a pensión de viudedad por las causas citadas en el párrafo anterior, tendrá derecho a una prestación temporal de igual cuantía que la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años».

En el esquema normativo de este precepto la regla establecida es la de que el cónyuge superviviente tiene derecho a la pensión de viudedad sin más condiciones. La excepción viene constituida por el hecho de que el fallecimiento se produzca por enfermedad común preexistente al vínculo antes de que haya transcurrido al menos un año entre uno y otro. Excepción que, a su vez, no juega si hay hijos comunes ni tampoco cuando en la fecha de celebración del matrimonio se acreditara una convivencia con el causante como pareja de hecho que, sumada a la duración del matrimonio, superara los dos años.

Dejando aparte, porque no los ha habido, la excepción a la excepción de existencia de hijos comunes, se debe observar que juega aquí, por un lado, la idea positiva de que la convivencia previa al matrimonio sirve para completar el período mínimo necesario. Y, asimismo, juega la idea negativa de que, a falta de esa convivencia previa, si no ha mediado un año al menos entre el matrimonio y el fallecimiento por enfermedad común preexistente, no hay derecho a la pensión de viudedad sino a una prestación temporal de igual cuantía de la que hubiere correspondido con una duración de dos años. Esta exclusión de la regla se explica por el propósito de evitar matrimonios cuya única finalidad sea la de causar el derecho a la pensión. La Sra. Dolores lo ha resaltado para poner de relieve que no es lo que sucedió en su caso.

Cabe decir, igualmente, que el precepto parece haber construido la excepción a la excepción de la regla a partir de la premisa de que contraen ese matrimonio relevante quienes antes convivían como pareja de hecho pero no se ha considerado al redactarlo la posibilidad de que vuelvan a casarse entre sí quienes ya habían estado unidos en matrimonio.

Tras estas consideraciones, es menester volver la mirada a los hechos, no para valorarlos de nuevo, pues en sí mismos no son susceptibles de apreciaciones diferentes, sino para percibirlos con claridad: un matrimonio de más de veintitrés años de duración se disuelve cuando la enfermedad de uno de los cónyuges ha adquirido



ya tal entidad que determina su jubilación por incapacidad absoluta y, menos de dos años después, quienes se divorciaron vuelven a casarse en el último y breve tramo de la vida del marido enfermo.

Ante todo, se debe advertir la extrema singularidad de lo sucedido. Tanta que no responde a ese esquema seguido por el legislador. En el curso de la vista celebrada el 17 de octubre de 2017 lo puso de manifiesto el Abogado del Estado cuando afirmó que la ley no regula este caso concreto, punto en el que vino a aproximarse a las alegaciones de la recurrente que insisten en que el artículo 38 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado no puede contemplar todas las hipótesis que se dan en la vida. Naturalmente, esa aproximación no ha supuesto coincidencia en la solución que ha de darse al caso ya que el representante de la Administración entiende que, pese a todo, se pueden y se deben aplicar aquí las reglas del artículo 38.

Tiene razón, desde luego, pero esa aplicación no puede ser mecánica cuando la realidad sobre la que se han de proyectar las normas no responde exactamente al punto de partida del legislador, al ámbito sobre el que proyecta las reglas que establece. Aquí está, precisamente, la clave. Y la apunta el auto de la Sección Primera cuando inquiere por la relevancia del matrimonio precedente y por el significado que deba darse a la convivencia que durante él mantuvieron el Sr. Eleuterio y la Sra. Dolores .

Pues bien, aquí no encontramos elementos que permitan pensar en el propósito de generar artificialmente un derecho a la pensión de viudedad. Ha habido una convivencia anterior al nuevo matrimonio de casi veintitrés años no inmediata a él pero sí muy cercana en el tiempo y el mismo hecho de que el Sr. Eleuterio y la Sra. Dolores volvieron a casarse indica que mantuvieron su relación en el período que medió entre su primer y segundo enlaces. Así, pues, debe verse en sus segundas nupcias no sólo el restablecimiento del vínculo que les había unido sino también un factor de continuidad de su relación. Si, además, se tiene presente que en el programa normativo del precepto la convivencia previa prolongada es un elemento determinante para el reconocimiento del derecho a la pensión cuando el fallecimiento se produce antes de que haya transcurrido como mínimo un año del matrimonio, se hace más clara, no ya la relevancia sino el carácter esencial que tienen aquí esas dos nupcias.

Así, pues, se puede concluir que en las especialísimas circunstancias que se han dado en la relación matrimonial de la Sra. Dolores con su marido el Sr. Eleuterio , el tenor del artículo 38.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado , no puede ser obstáculo a que se le aplique la regla establecida en ese precepto.

SÉPTIMO.- La estimación de los recursos de casación y contencioso-administrativo.

En consecuencia y conforme al artículo 93 de la Ley de la Jurisdicción , el recurso de casación debe ser estimado y las cuestiones suscitadas por el auto de la Sección Primera de 17 de marzo de 2017 contestadas en el sentido de que el matrimonio anterior no es irrelevante y que el artículo 38.1 no impide reconocer a doña Dolores el derecho a la pensión de viudedad que reclama.

Asimismo y siempre de acuerdo con el artículo 93 de la Ley de la Jurisdicción , la estimación del recurso casación ha de suponer la anulación de la sentencia impugnada y la estimación del recurso contencioso-administrativo con la anulación de la actuación administrativa y el reconocimiento a la Sra. Dolores del derecho a la pensión de viudedad desde que la solicitó, la cual se le habrá de satisfacer con los intereses correspondientes.

Ha de precisarse, además, que constando que a la Sra. Dolores se le reconoció la pensión temporal de dos años a que se refiere el último párrafo del artículo 38.1, deberán descontarse de las que se le tengan que satisfacer las cantidades que por ese concepto haya percibido.

OCTAVO.- Costas .

A tenor de lo establecido por los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , no hacemos imposición de costas en la instancia, debido a la dificultad que, por su singularidad, entraña la cuestión debatida. Y, en cuanto a las del recurso de casación, cada parte abonará las suyas y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido (1º) Que el artículo 38.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado , aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, en la redacción que le dio la disposición final 3ª de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado , no impide el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad del cónyuge supérstite, pese a no haber transcurrido un año entre el matrimonio y el fallecimiento, cuando ha mediado entre ellos un vínculo matrimonial anterior en las circunstancias que se han dado en este caso. (2º) Que ha lugar al recurso de casación n.º **328/2016**, interpuesto por doña Dolores



contra la sentencia dictada el 10 de octubre de 2016, por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que anulamos. (3º) Que estimamos el recurso n.º 40/2016, anulamos la actuación administrativa impugnada y reconocemos el derecho de doña Dolores a percibir la pensión de viudedad permanente en los términos indicados en el fundamento séptimo. (4º) Que no hacemos imposición de costas en el recurso de casación, debiéndose estar respecto a las de instancia a lo previsto en el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ