

Roj: STS 178/2016 - **ECLI:**ES:TS:2016:178
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3106/2014
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 20/01/2016
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

TEMA.- Pensión de viudedad por violencia de género anterior a la LO 1/2004.
DOCTRINA.- 1) El artículo 174.2 LGSS permite reconocer pensión de viudedad a la víctima de violencia de género que se separó o divorció mediando esa circunstancia. 2) En supuestos de separación o divorcio anteriores a la LO 1/2004 la existencia de denuncias por actos constitutivos de violencia de género comporta un serio indicio de que la misma ha existido, sin que ello suponga que estamos ante un medio de prueba plena sino que ha de contextualizarse con el resto de la crónica judicial de lo acaecido. 3) Para valorar los medios de prueba aportados han de ponderarse todas las circunstancias de hecho que los hechos probados alberguen, aunque sea por remisión a las actuaciones judiciales obrantes en autos. FALLO.- Estima el recurso de casación interpuesto por la solicitante, anula la STSJ Galicia y confirma la dictada por el Juzgado de lo Social.

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Enero de dos mil dieciséis.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Rosario, representada y defendida por la Letrada Sra. Agulla López, contra lasentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 11 de junio de 2014, en el recurso de suplicación nº 4891/2012, interpuesto frente a lasentencia dictada el 18 de abril de 2012 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Pontevedra, en los autos nº 1199/2011, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, sobre pensión de viudedad.

Ha comparecido en concepto de recurrido el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, representado y defendido por el Letrado Sr. Larrea Santaolalla.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Antonio V. Sempere Navarro** , quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 18 de abril de 2012, el Juzgado de lo Social núm. 4 de

Pontevedra, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimo la demanda interpuesta por D^a Rosario, frente al INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, declaro el derecho de la actora al percibo de la pensión de viudedad con efectos del 1.11.2010 en la cuantía que legal y reglamentariamente le corresponda, condenando al INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA al abono de la misma."

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, con la adición asumida en suplicación. Son los siguientes:

"1º.- D^a Rosariomayor de edad con DNI N° NUM000, contrajo matrimonio con D. Anselmo el día 31 de enero de 1971. Con fecha 2 de febrero de 1998 el Juzgado de Instancia n° 2 de Villagarcía de Arosa dictó sentencia de separación, decretando la separación del matrimonio, atribuyendo a la esposa el uso y disfrute de la vivienda familiar.

2º.- Con fecha 31-10-10 falleció D. Anselmo, solicitando la actora pensión de viudedad ante el ISM. Con fecha 17-03-11 el ISM dictó resolución denegando la prestación de viudedad a la actora por no cumplir el requisito de que entre la fecha de separación del causante de la prestación ocurrido el 2-02-98 y la fecha del fallecimiento del mismo el 31-10-10 no hayan transcurrido más de diez años conforme lo establecido en la disposición transitoria 18ª de la IJGSS. Frente a dicha resolución la actora interpuso reclamación previa la cual ha sido desestimada por resolución de fecha 2 de noviembre de 2011. La base reguladora de la prestación es cero, según consta en el expediente administrativo.

3º.- Con fecha 5 de septiembre de 1995 la actora presentó denuncia ante la Guardia Civil de Villagarcía de Arosa, contra su esposo D. Anselmo, manifestando que desde hace cuatro años aproximadamente su marido la viene maltratando de palabra, siguiéndose juicio de faltas en el juzgado de instrucción n° 2 de Villagarcía de Arosa, y dictándose con fecha 30 de noviembre de 1995 sentencia absolutoria.

Con fecha 26 de febrero de 1998 la actora presentó denuncia ante la Policía Nacional contra su esposo por amenazas, siguiéndose juicio de faltas ante el Juzgado de Instrucción n° 1 de Villagarcía de Arosa con el número de autos n° 158-98. Con fecha 3 de junio de 1998 se dictó sentencia condenando a D. Anselmo por una falta de amenazas contra su hijo Gumersindo.

4º.- La actora presenta historia de tratamiento psicológico y psiquiátrico en la Unidad de Salud mental del Salnes desde octubre de 2005, por sintomatología compatible con trastorno mixto ansioso depresivo, retoma consulta con psicología en julio de 2008 hasta enero de 2009, por recaída, y actualmente se encuentra de nuevo en seguimiento desde el 18 de febrero de 2011".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia con fecha 11 de junio de 2014, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA contra la sentencia de fecha 18 de abril de 2012, dictada en los autos n° 1199/2011, seguidos a instancia de D^a Rosario contra el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA sobre pensión de viudedad, absolviendo al INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA de las pretensiones contra el mismo formuladas".

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Agulla López en representación de D^a Rosario, mediante escrito de 12 de septiembre de 2014, 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 Andalucía (sede en Málaga) de 15 de noviembre de 2012. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 174.2 de la LGSS.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 19 de febrero de 2015 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO .- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 14 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

La cuestión controvertida consiste en determinar si puede tenerse por acreditada la situación de violencia de género pretendidamente sufrida por la actora al tiempo de su separación matrimonial para el reconocimiento de una pensión de viudedad por el fallecimiento de su ex marido.

1.Hechos litigiosos y sentencia de instancia.

A) No se trata ahora de reproducir los hechos declarados probados por la sentencia de instancia sino de ordenar cronológicamente los relevantes para la suerte del asunto:

31 enero 1971: matrimonio de la demandante con el fallecido.

5 septiembre 1995: denuncia de la demandante contra su esposo.

30 noviembre 1995: sentencia absolutoria de la primera denuncia formulada.

2 febrero 1998: sentencia de separación.

26 febrero 1998: nueva denuncia de la demandante.

3 junio 1998: sentencia condenando al denunciado por una falta de amenazas contra su hijo.

31 octubre 2010: Muerte del ex esposo.

B) La pensión de viudedad fue denegada por el ISM por quebrar el requisito de que entre la fecha de separación y la fecha del fallecimiento no hayan transcurrido más de diez años, conforme a la Disposición Transitoria 18a de la LGSS.

C) El Juzgado de lo Social núm. 4 de Pontevedra, dictó sentencia con fecha 18 de abril de 2012, estimando la pretensión de la demandante y declarando su derecho al percibo de la pensión de viudedad.

2.La STSJ Galicia 11 junio 2014 (rec. 4891/2012).

La sentencia dictada en suplicación, y ahora recurrida, tras referirse a la STS de 26 enero 2011 (rec. 4587/2009), incide en qué debe entenderse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho a la hora de acreditar la situación de violencia de género.

Considera que no ha resultado acreditada la situación de violencia de género sufrida al tiempo de la separación en los términos exigidos por el artículo 174.2 LGSS (último inciso del primer párrafo), pues la denuncia de malos tratos de palabra que consta formulada en el año 1995, dos años y medio antes de la separación judicial, no fue acompañada de ulterior actuación sino que desembocó en sentencia absolutoria y "las simples denuncias penales ante la policía por amenazas o agresiones, sin ulterior actuación, no son pruebas propiamente dichas".

Acoge el recurso de suplicación formulado por el ISM porque la Juzgadora de instancia ha estimado acreditada la situación de violencia de género única y exclusivamente con base en las denuncias penales de la demandante sin actuación posterior. Explica también que la condena por amenazas respecto de los hijos no constituye una situación de violencia de género.

Y tampoco sirve para acreditar aquella situación de violencia de género requerida legalmente la denuncia presentada en febrero de 1998, inmediatamente posterior a la fecha de la separación: derivó en una condena para el causante pero no lo fue por una situación de violencia de género respecto de la actora sino por amenazas respecto de su hijo, y sin que finalmente pueda tenerse como suficiente para determinar tal situación los informes médicos aportados por la actora reveladores del sometimiento a un tratamiento psicológico y psiquiátrico, pues están expedidos con base a las solas alegaciones de la impugnante y además por haber sido emitidos en fecha muy posterior (más de siete años) a la de la separación.

3.La STSJ Andalucía (Málaga) 15 noviembre 2012 (rec. 1460/2012), de contraste.

Frente a la sentencia de suplicación reseñada, la demandante interpuso recurso de casación para la unificación de la doctrina, invocando como contradictoria la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga de 15 noviembre 2012 (rec. 1460/12), que revoca la dictada en la instancia y condena al INSS al pago de la pensión de viudedad solicitada.

Se trata de un supuesto en el que la actora contrajo matrimonio con el causante el 6 de agosto de 1972, del que nacieron dos hijos. Por sentencia de 12 de diciembre de 1997 se declaró la separación legal del matrimonio, sin establecer pensión compensatoria alguna. La demandante presentó denuncia contra su esposo por malos tratos el 6 de junio de 1997. Tras el fallecimiento de su marido el 7 de diciembre de 2010, solicitó pensión de viudedad, que le fue denegada por haber transcurrido más de diez años entre la fecha de la separación judicial y la muerte del causante.

La Sala considera que de los hechos probados puede deducirse la condición de

víctima de la violencia de género, teniendo en cuenta la existencia de una denuncia aunque se carezca de cualquier otra actuación posterior, porque cuando se presenta no puede tener otro objeto que el de manifestar malos tratos. Para concluir que debería reconocerse la condición de víctima de violencia de género por el cumplimiento estricto de los requisitos de la LGSS, que exige cualquier medio probatorio admitido en derecho, al menos respecto a aquellas situaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, pues ésta ya establece un mecanismo de acreditación para acceder a determinados derechos laborales y de Seguridad Social.

4.La impugnación al recurso y el Informe del Ministerio Fiscal.

A) Mediante escrito de 27 de marzo de 2015 el Letrado de la Administración de la Seguridad Social impugnó el recurso formulado cuestionando la contradicción entre sentencias.

Recalca la necesidad de que se acredite la condición de víctima de violencia de género en el momento de la separación o divorcio a través de cualquier medio de prueba. En la sentencia de contraste existe una denuncia de malos tratos previa a la separación y en la recurrida es posterior; además, en el presente caso la sentencia dictada fue absolutoria, lo que no consta en el de contraste.

Y también hay una denuncia anterior a la separación, pero que acaba con sentencia absolutoria y no puede servir para acreditar indicios de violencia de género en el momento de la separación.

B) Con fecha 7 de mayo de 2015, el Ministerio Fiscal emitió el Informe previsto en el artículo 226.3 LRJS.

El Informe llama la atención sobre dos singularidades del caso examinado (sentencia absolutoria, inexistente en el otro supuesto; denuncia dos años antes de la separación, frente a los seis meses del caso referencial). Aunque cuestiona la existencia de contradicción entre los supuestos, considera innegable la identidad entre las pretensiones deducidas y la diversa respuesta judicial.

Entrando en el tema de fondo, entiende que no se ha acreditado la existencia de violencia de género en el momento de la separación.

5.Estructura de nuestra sentencia.

Tanto para examinar la existencia de la contradicción entre las sentencias contrastadas cuanto para pronunciarnos, en su caso, sobre el tema de fondo resulta imprescindible examinar los elementos relevantes del precepto cuya aplicación se discute. Comenzaremos, pues, por el estudio del artículo 174.2 LGSS en la versión aplicable y por la recapitulación de nuestra doctrina (Fundamento Segundo).

Seguidamente podremos valorar la concurrencia de la contradicción exigida por el artículo 219.1 LRJS (Fundamento Tercero) y, finalmente, proceder a resolver el recurso formulado por el ISM (Fundamento Cuarto).

SEGUNDO.- La pensión de viudedad en supuestos de violencia de género.

De entre las múltiples modificaciones que viene experimentando la pensión de

viudedad a fin de acomodarla a las ideas y valores socialmente preponderantes en cada momento, ahora interesa examinar solo la atinente a los casos en que la ex cónyuge fue víctima de violencia de género.

1. Cambios en la LGSS relevantes para el caso.

A) El matrimonio de la demandante data de 1971 y su separación de 1998, pero lo que está ahora en juego es su derecho a la pensión de viudedad y las normas transitorias en materia de Seguridad Social vienen optando, con carácter general, por aplicar la regulación vigente en el momento de fallecer el eventual sujeto causante (2010). Veamos si ello es así en nuestro caso.

B) Cuando el 31 de octubre de 2010 fallece el esposo de la demandante el artículo 174.2 LGSS posee el siguiente tenor:

"En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil; ésta quedará extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho".

C) La redacción transcrita procede de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010. En concreto, su Disposición Final Tercera prevé que "con efectos de 1 de enero de 2010 y vigencia indefinida, se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio" en diversas materias. En el ordinal Diez de tal Disposición se contiene la norma que ahora interesa, sin cautela intertemporal específica.

D) En el apartado Catorce de esa misma Disposición Final Tercera se permite acceder a la pensión aunque el fallecido no abonase pensión compensatoria "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" que allí se detallan. En nuestro caso es claro que entre la separación (febrero 1998) y la muerte (octubre 2010) ha transcurrido ese periodo, razón que el ISM adujo para rechazar la solicitud de la demandante.

E) De este elemental recordatorio deriva una doble consecuencia: 1ª) La LGSS incorpora crecientes requisitos para que quienes fueron cónyuges del fallecido puedan

acceder a la pensión de viudedad (no haberse casado o emparejado, disfrutar de pensión compensatoria), establece una flexibilidad transitoria y excepciona su exigencia cuando se trate de víctimas de violencia de género. 2ª) En este caso solo la condición de víctima de violencia de género permitiría acceder a la solicitud de pensión, dado que la regla transitoria introducida contiene exigencias que no concurren.

2.Doctrina de la Sala relacionada con el asunto.

A) En laSTS 26 enero 2011 (rec. 4587/2009) abordamos el derecho a la pensión de viudedad de quien estaba separada legalmente de su marido, fallecido el 4 de marzo de 2008 y había sido víctima de violencia de género, si bien no tenía fijada en la sentencia de separación ninguna pensión compensatoria. Con base en la Ley 26/2009, se expone que no es necesario acudir a la Ley de protección integral contra la violencia de género, para llegar a la conclusión de que ha de reconocerse en casos como el de la demandante, pensión de viudedad. La situación de violencia se considera concurrente por "*la existencia de procedimientos penales entre los esposos por amenazas e insultos antes y con posterioridad a la separación, así como resulta acreditada igualmente la situación de etilismo crónico padecida por el cónyuge fallecido*".

B) Especialmente significativo es cuanto dijimos en laSTS 30 mayo 2011 (rec. 2598/2010), examinando la concurrencia de la preceptiva identidad entre los supuestos contrastados:

"Ciertamente que, como pone de relieve el INSS en su escrito de impugnación al negar que esa contradicción se produzca, en la sentencia recurrida ese vínculo entre la existencia de violencia de género y la situación de la separación es mucho más débil que en la sentencia de contraste, donde aparece nítidamente señalada. Pero también es cierto que la mera referencia a los procedimientos penales que existe en el hecho segundo de los probados de la sentencia de instancia hace referencia por fuerza a la realidad, a los hechos que se han descrito en el primero de los fundamentos de esta resolución, de los cuales se desprende nítidamente, y a ellos nos remitimos ahora, que la demandante se vio envuelta en un proceso de malos tratos que originaron denuncias y sentencia condenatoria anterior a la sentencia de separación. Malos tratos, violencia, que era incipiente, pero real, en ese momento, pero que luego se evidenció, después de la separación con toda contundencia".

C) LaSTS 5 febrero 2013 (rec. 929/2012) aborda el tema de si para ser beneficiaria de la pensión de viudedad, la que en su día fue víctima de violencia de género ha de acreditar la inexistencia inicial de pensión compensatoria o basta con que lo sea en la fecha de fallecimiento de la que fue su pareja. En este caso discurríamos sobre el alcance de la modificación realizada en el artículo 174 LGSS mediante Ley 26/2009:

"El legislador no explicita en su Preámbulo las razones que le llevaron a la modificación del precepto y a la dispensa del requisito -pensión compensatoria- para las personas que acreditasen ser víctimas de violencia de género en el momento de la ruptura matrimonial, razón por la cual en la determinación del alcance de la norma -que es lo que el presente debate plantea- hemos de prescindir de ese valioso componente interpretativo de orden finalístico que es la exposición de motivos [SSTC 83/2005, de 7/Abril , FJ 3 ; 222/2006, de 6/Julio, FJ 8 ; y 90/2009, de 20/Abril , FJ 6] y hemos de atender exclusivamente a las usuales reglas hermenéuticas que nos

proporcional el *art. 3 del CC* " .

Aun admitiendo las disfunciones que pudiera comportar la interpretación de la norma como reconocedora del derecho a viudedad a quien no percibiera pensión compensatoria por haber constituido una pareja de hecho, se daban los argumentos que conducían a ello:

"Ahora bien, con todo y con eso, lo cierto es que median una serie de razones que nos llevan a acoger a pesar de todo la tesis abonada por la literalidad de la norma: a) en primer lugar, la rotundidad del mandato legal, que si efectivamente respondiese a lo que pudiera ser su más lógica finalidad [corregir una posible voluntad viciada en la renuncia -o limitación- a la pensión compensatoria], bien fácilmente hubiera podido aludir a la presunción y a los medios que la enervasen; b) tampoco parece desatinado pensar que las dificultades casuísticas que pueden presentarse [lo demuestran los supuestos que en este procedimiento se comparan; y son fácilmente imaginables otros muchos de mayor complejidad] hubiesen precisamente movido al legislador a hacer tabla rasa y a optar por un pronunciamiento general de inexigibilidad del requisito para las víctimas de la violencia de género, con la contundencia literal -«en todo caso»- con que lo hizo; c) no debe olvidarse el aforismo de que donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete, máxime cuando se trata de restringir derechos que la misma establece (recientes, *SSTS 26/11/08 -rco 95/06 -; 09/12/10 -rcud 321/10 -; y 05/03/12 -rco 57/11 -*); y d) en último término resulta definitiva argumentación la de que dados los simplificados términos en los que la norma está expresada, la interpretación finalista que más arriba se ha referido implicaría un auténtico desarrollo de la norma, en función complementariamente legislativa que en absoluto corresponde al Poder Judicial, cuya misión se ciñe constitucionalmente a la aplicación de las normas, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (*art. 117 CE*)."

D) LaSTS 26 febrero 2014 (rec. 1225/2013) , rechaza la pretensión de cobrar pensión de viudedad por parte de separada sin pensión compensatoria, al no ser de aplicación la Disposición Transitoria Decimoctava de la LGSS (introducida por la Ley 26/2009), por haber transcurrido más de diez años entre la fecha de separación judicial y la del fallecimiento del causante. Pero no resulta de aplicación al caso la doctrina contenida en la sentencia de 19 de julio de 2012 (rcud. 3671/2011), por cuanto en el caso resuelto por dicha sentencia la demandante había sido víctima de violencia de género, circunstancia que en el caso no concurre.

E) En resumen: ninguno de los pronunciamientos contempla un supuesto similar al presente. Sí que aparece, sin embargo, alguna pauta hermenéutica de interés: a) En casos como el presente no es exigible la acreditación de la situación de violencia de género a través de los medios contemplados en la Ley Orgánica 1/2004, de protección integral para las víctimas de violencia de género. b) Puede acudir a cualquier medio de prueba y la remisión a las actuaciones penales que hace el relato de hechos de la sentencia social ya constituye un fuerte indicio de ello, máxime si acaban en sentencias condenatorias. c) La Ley ha querido privilegiar el acceso a la pensión de viudedad de estas mujeres, dispensándolas de cualquier otro requisito.

3. La condición de víctima de violencia de género.

A) Hay que recordar que cuando se promulga la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ya se ha producido la separación de la demandante y que el art. 174 LGSS pide que se acredite la condición reseñada.

B) La primera opción que el art. 174.2 LGSS concede para acreditar que se era víctima de violencia de género viene dada por la "sentencia firme o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento". La segunda opción que el art. 174.2 LGSS brinda a la víctima discurre "a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal".

Se trata de previsiones concordantes con la LOVG. Su artículo 23 regula la "acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras" respecto de "las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo", es decir, los referentes al programa específico de empleo, a las trabajadoras asalariadas (y a sus empresas) y a la Seguridad Social de las mismas o de las mujeres que trabajan por cuenta propia. Y allí se alude a la orden de protección a su favor, expedida por el correspondiente Juzgado (de Violencia sobre la Mujer o de Primera Instancia e Instrucción), adoptada con arreglo al art. 544 ter de la LECrimy al Informe del Ministerio Fiscal cuando el mismo indique que existen indicios de que la demandante es víctima de violencia de género.

C) Puesto que ninguna de las reseñadas vías acreditativas puede operar en nuestro caso, debe acudir a la posibilidad de utilizar "cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho".

La determinación de si esta última vía acreditativa se activa o no en el presente caso ya requiere un análisis a fondo de los hechos, tanto para determinar si los supuestos son contradictorios, cuanto para aquilatar el alcance de lo acaecido al tiempo de la separación (febrero de 1998).

TERCERO.- Identidad de los supuestos contrastados.

1.Preceptiva identidad (art. 219.1 LRJS).

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTs 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTs 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R.

1308/2012),04/02/2014 (R. 677/2013) y01/07/2014 (R. 1486/2013).

Esta Sala admite la contradicción a fortiori en supuestos en los que no tiene lugar la contradicción en sentido estricto, por diversidad de los hechos, pero la sentencia de comparación ha ido "más allá" que la recurrida, por afirmaciones fácticas de inferior apoyo a la pretensión. En otras palabras, ha dicho la Sala, esta situación se produce en aquellos casos en los que, aún no existiendo igualdad propiamente dicha en los hechos, sin embargo el resultado de las dos sentencias es tan patente que se hubiera producido aún en el caso de que los hechos fueran los mismos (sentencias, entre otras, de 19/11/2013, R. 1418/2012,02/12/2013, R. 34/2013,21/01/2014, R. 941/2013,19/02/2014, R. 3205/2012,25/03/2014, R. 1268/2013,17/06/2014, R. 1441/2013y10/02/2015- R. 1764/2014).

2.La contradicción en el presente caso.

Ya en el Primero de los Fundamentos hemos expuesto los términos en que se producen los opuestos fallos de las sentencias comparadas, así como las dudas del Ministerio Fiscal al respecto y la impugnación de la Seguridad Social sobre el tema.

Sin embargo, esta Sala entiende que concurre la contradicción de los elementos relevantes para la resolver la solicitud de pensión de viudedad.

En los dos litigios se analizan peticiones de pensión de viudedad denegadas por el INSS por haber transcurrido más de diez años entre la fecha de la separación y el fallecimiento del causante.

En uno y otro caso la ruptura del matrimonio se produjo antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de Protección Integral a las Víctimas de Violencia de Género.

En ambos casos las demandantes habían presentado denuncia contra los respectivos esposos por malos tratos.

Pese a la similitud de presupuestos tácticos y de pretensiones, las sentencias comparadas llegan a fallos distintos. Así, la referencial reconoce a la actora la condición de víctima de violencia de género y, con ello, el derecho a la pensión de viudedad con base en la existencia de una denuncia contra el esposo por malos tratos. La sentencia ahora recurrida niega la situación de violencia de género porque las denuncias penales de la demandante contra su marido no fueron seguidas de actuaciones posteriores.

Que en el caso haya una sentencia absolutoria respecto de los hechos denunciados la primera vez y otra condenatoria por violencia frente al hijo menor respecto de la segunda denuncia, que la proximidad temporal de las denuncias sea mayor o menor, son circunstancias que apuntan hacia heterogeneidades secundarias para la existencia de la contradicción. En este punto el propio Informe el Ministerio Fiscal indica que una cosa es el cumplimiento del presupuesto exigido por el artículo 219.1 LRJSy otra que se considere que en el caso concreto ha existido violencia de género. Además, luego expondremos la razón por la que la existencia de una sentencia absolutoria no impide la contradicción.

Consideramos que los hechos subrayados como diferentes no son relevantes a los efectos que nos ocupan y que procede entrar a decidir el fondo del asunto, esto es,

a determinar si en el caso se habían acreditado los indicios de violencia de género que la norma exige.

CUARTO.- Acreditación de violencia de género.

1.Presupuestos para que opere la vía excepcional del art. 174.2 LGSS

Con arreglo al art. 174.2 LGSS, en la versión aplicable al caso, la demandante de pensión ha de acreditar que es víctima de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio, pudiendo hacerlo por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. En consecuencia son tres los datos que deben concurrir para que surja la pensión de viudedad a través de esta específica vía:

Elemento instrumental: acreditarse la realidad a través de medios probatorios jurídicamente válidos.

Elemento material: ser víctima de violencia de su ex pareja.

Elemento cronológico: que exista violencia de género al producirse la separación o divorcio.

Veamos si concurren estos tres aspectos. La quiebra de cualquiera de ellos deberá conducir a la confirmación de la sentencia recurrida y solo la triple presencia desembocaría en el resultado opuesto.

2 . Medios de prueba utilizados.

No estamos ahora en la fase probatoria de la solicitud de pensión. Los medios de prueba que la interesada consideró pertinentes ya hubo de aportarlos al expediente administrativo y al procedimiento judicial.

La Sala ha señalado con reiteración que la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba [SSTS de 13/05/2013 (R. 1956/2012), 05/07/2013 (R. 131/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 17/09/2013 (R. 2212/2012), 03/02/2014 (R. 1012/2013)] pues es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta [SSTS de 01/06/10 (R. 1550/2009), 14/10/10 (R. 1787/2009), 06/10/10 (R. 3781/2009), 15/10/10 (R. 1820/2009), 31/01/11 (R. 855/2009), 18/07/11 (R. 2049/2010), 05/12/11 (R. 905/2011)], como sobre los criterios legales en materia de presunción judicial [SSTS de 13/05/2013 (R. 1956/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 05/07/2013 (R. 131/2012), 26/11/2013 (R. 2471/2011), 17/09/2013 (R. 2212/2012), 03/02/2014 (R. 1012/2013), 17/06/2014 (R. 1057/13)].

La finalidad de este recurso es «evitar una disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia; quebranto que no se produce cuando el órgano judicial parte de una distinta apreciación de los hechos, que -acertada o no- no puede corregirse a través de este recurso» [SSTS de 12/03/2013 (R. 1531/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 17/09/2013 (R. 2212/12)].

Cosa distinta es que los hechos declarados probados puedan merecer una valoración diversa de la acogida por la sentencia recurrida o que, como queda expuesto, la remisión a actuaciones penales permita integrar la crónica materialmente realizada por el Juzgado y el TSJ con la consulta de los documentos que remiten.

3. Violencia de género.

A) Un dato tenido en cuenta para descartar la existencia de violencia de género es que la sentencia condenatoria de 3 de junio de 1998 (correspondiente con la segunda denuncia formulada por la actora) condenó al fallecido por una falta de amenazas contra el hijo común, no contra la actora.

Conviene salir al paso de una concepción tan estricta sobre el concepto examinado, en su dimensión subjetiva. Es innegable que en casos como el presente la titular de la pensión solo puede ser una mujer que haya sido víctima de violencia ejercida por su ex pareja masculina. La LO 1/2014 dispone que es "la trabajadora" o "la funcionaria" víctima de violencia de género quien obtiene la tutela sociolaboral; son "las mujeres víctimas de violencia de género" quienes poseen el derecho a la asistencia social integral (art. 19) o a la asistencia jurídica gratuita (art. 20.1), o "las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencia de género" las beneficiadas en otros casos (art. 21.5). Y el art. 174 LGSSa que viene aludiéndose habla claramente de "las mujeres".

Ahora bien, que solo las mujeres puedan acceder a la condición de pensionistas de viudedad como víctimas de violencia machista no comporta necesariamente que haya una previa tipificación o calificación jurídica de que ha concurrido tal condición. La LGSS, a efectos de la pensión, les permite acreditar "que eran víctimas"; es decir, ya no se está en el automatismo sino en la acreditación de una cualidad.

B) Dicho abiertamente: la violencia sobre el hijo común, que ha accedido a la mayoría de edad durante el proceso de separación y que ha testificado en favor de la madre, debe valorarse como indicio de que había una situación conflictiva entre los esposos.

La propia LO 1/2014 introdujo diversas referencias a supuestos en que la víctima de la violencia "fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor" (artículos 148.5º, 153 y 172 del Código Penal con arreglo a su redacción). A partir del hecho cierto de que solo una mujer puede sufrir violencia de género, también se abre la posibilidad de lucrar derechos para los hijos menores (el art. 5º facilita la escolarización de los hijos que se vean afectados por cambios de residencia derivados de actos de violencia de género). Esta idea late en la Exposición de Motivos de la LO 1/2014 cuando explica que "las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer." Es decir, si el padre ejerce violencia sobre el hijo común y la madre se enfrenta por tal motivo estamos ante un indicio de violencia de género.

Al igual que cabe la discriminación a través de persona interpuesta (STJUE 17 julio 2008, C-303/06, Coleman; perjuicio a la madre trabajadora de un discapacitado) no es descartable que se ejerza la violencia sobre la pareja dañando al hijo común, máxime si ha manifestado hechos que perjudican al agresor. Recordemos que la LGSS

es la que no ha cerrado el concepto de víctima de violencia de género a los términos recogidos en la LO 1/2004.

C) En el HP Tercero se da cuenta de que algo antes de dos años de la separación la actora denuncia a su esposo por maltrato tanto de palabra (insultos, amenazas) cuanto de hecho (cortes de luz); también apunta hacia la desidia de su esposo (que no trabaja hace años, que la insulta, etc.).

Esta denuncia, que no aparece tachada como falsa o temeraria, no constituye prueba suficiente (como bien apunta la sentencia recurrida) pero sí puede considerarse como indicio de maltrato.

D) En el HP Tercero se da cuenta de la sentencia de 30 de noviembre de 1995 dictada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Villagarcía de Arosa y de su fallo absolutorio.

Omite la sentencia recurrida, y sin embargo consideramos relevante, que ese fallo absolutorio deriva de que la demandante no formula acusación en su comparecencia judicial por lo que "procede dictar sentencia absolutoria en virtud del principio acusatorio que informa nuestro sistema procesal", añadiendo que las partes manifiestan su intención de no recurrir la sentencia, que se declara firme.

En consecuencia: no es que se hayan declarado inexistentes los hechos denunciados, considerado falsa la denuncia o indemostrada la acusación, sino que se ha retirado la misma. Ello hace que, en nuestro criterio, el panorama indiciario de violencia permanezca como si esta sentencia absolutoria no existiera.

Dicho sea a mayor abundancia, también estas consideraciones sirven para reforzar la identidad entre los supuestos contrastados que antes hemos apreciado. La sentencia absolutoria realmente posee un valor neutro.

E) En el HP Primero se da cuenta de que el 2 de febrero de 1998 se dicta sentencia de separación por el Juzgado de Instancia nº 2 de Villagarcía de Arosa y de que se atribuye a la esposa el uso y disfrute de la vivienda familiar. Consideramos de interés tomar en cuenta los siguientes aspectos de tal resolución judicial:

Declara probado que el demandado "ha venido incumpliendo grave y reiteradamente los deberes conyugales".

Concede credibilidad al testimonio de los hijos, indicando que "durante los nueve últimos años su padre lleva una vida ajena al resto de la familia".

Noticia que "en el curso de este procedimiento procedió a abandonar a su familia".

Constata que los cónyuges llevaban más de tres años separados de hecho y que es la "voluntad unilateral" del esposo la causa del cese de la convivencia.

Por tanto, la sentencia de separación no considera acreditada la existencia de violencia de género (amenazas, agresiones) pero sí el incumplimiento de los deberes conyugales y el clima de total ruptura convivencial. Nada incompatible con una situación de violencia de género latente.

F) Como indica el HP Tercero, el 26 de febrero del mismo año (1998), a las doce horas, la actora presenta denuncia por amenazas contra su esposo. Manifiesta que está en trámite de separación "y en espera de sentencia" (no consta la fecha en que se notificó la que ya se había dictado días atrás), que desde que comenzó tales trámites ha amenazado a los hijos comunes de ambos (de 20 y 18 años); que el domingo anterior amenazó con una piedra a uno de ellos y que teme que le pueda ocurrir algo a ella misma.

En esa misma diligencia se indica que a las 18,30 comparece el hijo amenazado y ratifica la agresión sufrida por parte de su padre, añadiendo que es la primera vez que le ocurre y que quizá se encontraba bebido.

G) Como indica el HP Tercero, con fecha de 3 de junio de 1998 el Juzgado de Instrucción nº 1 de Villagarcía de Arosa dicta sentencia condenatoria por falta de amenazas, dando como probado lo que había manifestado el hijo del condenado.

La madre aparece como denunciante y el hijo es mayor de edad en el momento de la agresión. Por lo tanto, tampoco hay una violencia de género en sentido estricto, pero sí hechos compatibles con la situación denunciada por la demandante en varias ocasiones.

H) Conclusión de cuanto antecede es que no contamos con una sentencia condenatoria por violencia de género, ni hay orden de protección, ni hay Informe del Ministerio Fiscal apreciando la concurrencia de indicios de aquélla. Tampoco las sentencias dictadas sirven para el efecto contrario (descartar lo manifestado por la demandante).

Por ese motivo se ha estimado la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas. Ahora hemos de resolver el debate suscitado.

4.Coetaneidad.

La LGSS exige que la violencia de género concurra en el momento de la separación. Esta Sala entiende que el relato de hechos probados y el análisis que del mismo hemos realizado cubre suficientemente esta dimensión de carácter cronológico.

Tres años antes de la separación se produce la denuncia específica de malos tratos; la sentencia poniendo término al matrimonio da cuenta de que el esposo ha abandonado el hogar recientemente, aunque se viene desentendiendo desde tiempo atrás de su esposa e hijos; al tiempo de dictarse esa resolución judicial surge la segunda denuncia y la amenaza al hijo que ha testificado en contra del padre.

QUINTO.- Criterio de la Sala.

1.Opción entre las tesis contrapuestas.

A) La extensa exposición que antecede indica que ante hechos sustancialmente similares (en los aspectos relevantes) las sentencias comparadas han resuelto el debate suplicacional de modo diverso.

La sentencia de contraste entiende que, al menos en supuestos anteriores a la vigencia de la LO 1/2004, puede deducirse la condición de víctima de la violencia de género, teniendo en cuenta la existencia de una denuncia aunque se carezca de

cualquier otra actuación posterior, porque cuando se presenta no puede tener otro objeto que el de manifestar malos tratos.

Por el contrario, la sentencia recurrida considera que la denuncia de malos tratos de palabra que consta formulada en el año 1995, dos años y medio antes de la separación judicial, no fue acompañada de ulterior actuación desembocando en sentencia absolutoria y "las simples denuncias penales ante la policía por amenazas o agresiones, sin ulterior actuación, no son pruebas propiamente dichas".

B) Es cierto que la Sala ha de limitarse a examinar las infracciones legales denunciadas, no siendo posible extender la decisión a la eventual corrección de infracciones no invocadas, al tratarse de un recurso extraordinario (SSTS 03/06/94 -rcud 1881/93-; [...]17/12/07 -rcud 4661/06-; y23/12/08 -rcud 3199/07-), de modo que la Sala «no puede [...] de oficio sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la sentencia recurrida» (SSTS 29/09/03 -rcud 4775/02-;16/01/06 -rcud 670/05-; y07/07/06 -rcud 1077/05-).

Pero el que no coincida este Tribunal exactamente con la tesis mantenida en ninguna de las dos sentencias contrastadas, no impide -de todas suertes- que apliquemos la doctrina correcta, pues «superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas», sino que «debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada» (SSTS 14/07/92 -rcud 2273/91-; [...]11/02/14 -rcud 323/130-; ySG 23/06/14 -rcud 1257/13-). Criterio ratificado por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina, pues «resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores», siempre que resuelva «el debate planteado en suplicación» (STC 172/1994, de 7/Junio, FJ 3.SSTS 08/06/06 -rcud 1693/05-;04/07/06 -rcud 858/05-;04/07/06 -rcud 1077/05-; ...).

C) Así las cosas es el momento de fijar nuestra doctrina sobre el particular y de resolver el caso planteado.

2.Doctrina de la Sala.

A) A la vista del tener del artículo 174.2 LGSS en su versión aplicable al caso, de su finalidad, y en concordancia con lo expuesto en la posterior LO 1/2004 consideramos que la opción interpretativa asumida por la sentencia referencial es la adecuada, aunque privada del posible automatismo que su formulación pudiera inducir.

En supuestos de separación o divorcio anteriores a la LO 1/2004 la existencia de denuncias por actos constitutivos de violencia de género constituye un serio indicio de que la misma ha existido, sin que ello suponga que estamos, ante un medio de prueba plena sino que ha de contextualizarse con el resto de la crónica judicial de lo acaecido.

B) Aplicando esta doctrina al caso, hemos de estimar el recurso de la interesada y confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, desestimando la suplicación interpuesta por la Seguridad Social (ISM).

En la realidad social de 1995 (primera denuncia) las manifestaciones de la demandante constituyen un importante indicio de que estaba siendo violentada por su esposo. La sentencia absolutoria se debe a que la propia denunciante retiró la acusación. No es difícil atisbar en ello una conducta paralela a la de quien asume su separación o divorcio sin derecho a pensión (supuesto tutelado expresamente por el art. 174.3 LGSS).

Aunque no hay actuaciones posteriores hasta que se acerca la sentencia de separación, ella misma noticia la situación que el matrimonio atravesaba desde años atrás (desentendido por completo el esposo del sostenimiento de la economía familiar, atrincherado en su propia vida o habitación, etc.).

En fin, la sentencia condenatoria al fallecido por amenazas al hijo y la cercanía de ésta con la prestación de testimonio contrario a los intereses de aquél refuerza la idea sobre el trato violento que la mujer había venido padeciendo.

3.Resolución del recurso.

A la vista de cuanto antecede procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de la demandante.

Para resolver el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada (art. 228.2 LRJS), habremos de acordar la anulación de la sentencia de suplicación dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia.

En consecuencia, ha de procederse a desestimar el recurso de suplicación formulado por el Instituto Social de la Marina, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social. La Señora Rosarioha aportado suficientes medios probatorios para que de su conjunto se deduzca que venía siendo víctima de violencia de género durante los años anteriores a su separación matrimonial e incluso, indirectamente, durante el propio proceso conducente a ella.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJSno procede imposición de costas.

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

FALLAMOS

1º) Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª Rosario, representada y defendida por la Letrada Sra. Agulla López.

2º) Casamos y anulamos la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 11 de junio de 2014, en el recurso de suplicación nº 4891/2012.

3º) Resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimando el recurso de tal índole formalizado por el Instituto Social de la Marina .

4º) Confirmamos la sentencia dictada el 18 de abril de 2012 por el Juzgado de lo

Social nº 4 de Pontevedra, en los autos nº 1199/2011, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Instituto Social de la Marina, sobre pensión de viudedad.

5º) No ha lugar a la imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ,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.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.