



Roj: **STSJ AS 1270/2015 - ECLI:ES:TSJAS:2015:1270**

Id Cendoj: **33044340012015100911**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **15/05/2015**

Nº de Recurso: **809/2015**

Nº de Resolución: **911/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **LUIS CAYETANO FERNANDEZ ARDAVIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00911/2015

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIALOVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax:985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2015 0104180

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000809 /2015

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000852/2014 JDO. DE LO SOCIAL nº001 de GIJON

Recurrente/s: Adelaida

Abogado/a: MARIA GUINEA RIVERA

Recurrido/s: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Abogado/a: SERV. JURIDICO SEG. SOCIAL(PROVINCIAL)

Sentencia nº 911/15

En OVIEDO, a quince de Mayo de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, formados por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRIGUEZ, Presidente, D^a. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ y D. LUIS CAYETA NO FERNÁNDEZ ARDAVIN, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0000809/2015, formalizado por la letrada D^a MARIA GUINEA RIVERA, en nombre y representación de Adelaida , contra la sentencia número 15/2015 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N.1 de GIJON en el procedimiento DEMANDA 0000852/2014, seguidos a instancia de Adelaida frente a INSTITUTO



NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. **D. LUIS CAYETANO FERNÁNDEZ ARDAVIN**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a Adelaida presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 15/2015, de fecha catorce de Enero de dos mil quince .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- D. Herminio y la demandante, Doña Adelaida , provista de DNI nº NUM000 contrajeron matrimonio el 4 de abril de 1959, fruto del cual nacieron dos hijos.

2º.- Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gijón, de 4 de abril de 2002 dictada en el procedimiento separación de mutuo acuerdo 760/2001 se acordó la separación de los cónyuges, aprobándose el convenio regulador, convenio que no hacía mención alguna a pensión compensatoria.

3º.- El 18 de junio de 2002 la actora denunció a D. Herminio por una presunta agresión que tuvo lugar el día anterior. Dio la misma lugar a la incoación de las Diligencias Previas seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº3 de Gijón bajo el número 2645/2002, transformadas en juicio de faltas por auto de 3 de julio de 2002 . El 13 de febrero de 2003 se celebró la vista, recayendo sentencia de 14 de febrero del mismo año en la que se declaraba la libre absolución del denunciado.

4º.- El Sr. Herminio falleció el 27 de abril de 2014, siendo perceptor de una pensión de jubilación sobre una base reguladora mensual de 461,59 euros.

5º.- La demandante es perceptora de una pensión de jubilación contributiva causada en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, con una cuantía mensual de 794,11 euros mensuales durante el año 2014.

6º.- La actora presentó escrito el 14 de julio de 2014 ante la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social solicitando una pensión de viudedad derivada del fallecimiento del Sr. Herminio .

7º.- El 17 de julio de 2014 recayó resolución en la que se reconocía a la actora el derecho a la pensión de viudedad en la cuantía de un 52% sobre una base reguladora de 461,59 euros, acordándose también la suspensión de la misma condicionado su abono al derecho de opción recogido en el artículo 122 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social .

8º.- La demandante presentó reclamación previa el 30 de julio de 2014, alegando la compatibilidad de ambas pensiones, la de jubilación y la de viudedad.

9º.- La reclamación previa fue desestimada por resolución de la entidad gestora con fecha de salida de 6 de agosto de 2014.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Doña Adelaida , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, absolviendo a la entidad gestora de las pretensiones en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Adelaida formalizándolo posteriormente. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 7 de abril de 2015.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 7 de mayo de 2015 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO: La Sentencia del Juzgado de lo Social nº uno de Gijón, recaída en autos 852/2014, desestimó la demanda de la actora quien pretende la declaración de compatibilidad de la pensión de jubilación que viene percibiendo con la de viudedad por el fallecimiento de su esposo, fallecido el 27 de abril de 2014.

Dicha Sentencia es recurrida en suplicación por la representación letrada de la demandante, quien formula un motivo único, al amparo de lo dispuesto en el art.193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social , en el que solicita el examen del derecho aplicado en la citada Resolución. Denuncia infracción de lo dispuesto en el art.174.2 de la Ley General de la Seguridad Social , por inaplicación.

La cuestión debatida se centra en los siguientes parámetros:

a) La demandante contrajo matrimonio con el causante el 4 de abril de 1959. b) Por sentencia del Juzgado de Primera instancia nº dos de Gijón, de 4 de abril de 2002 se acordó la separación de mutuo acuerdo, sin que el convenio reguladora contuviera mención a pensión compensatoria. c) Solicitó pensión de viudedad el 14 de julio de 2014 por la muerte de su esposo, que tuvo lugar el 27-4-2014. Se autorizó la pensión (52% de una base de 461,59 euros mensuales), si bien dejándola en suspenso hasta opción con la pensión de jubilación que viene percibiendo (en cuantía de 794,11 euros) en el R.E. Autónomos. d) El reconocimiento de la pensión de viudedad se efectuó con base en el nº2 de la Disposición Transitoria Decimoctava de la Ley General de la Seguridad social , mientras que la actora cree tener derecho a ella por aplicación del

art.174,2 ya que, sostiene, existió violencia de género al momento de producirse la separación.

SEGUNDO: La decisión de la entidad Gestora, que confirma la sentencia recurrida, se ampara en la Disposición Transitoria mencionada, que lleva el título de "Disposición Transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008".

Los tres primeros párrafos de la Disposición declaran:

1. El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:

a) La existencia de hijos comunes del matrimonio o

b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.

El número 2, a cuyo amparo se concedió la pensión de viudedad a la actora dice:

2. 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.

TERCERO: El precepto contenido en el art.174.2 de la Ley General de la Seguridad social , sobre el que apoya su derecho a la compatibilidad la demandante, dispone: "En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun 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."

Pues bien, la demanda y el recurso se apoyan en la existencia de violencia de género por parte del esposo de la actora, pero, como el Juzgador de instancia subraya, el juicio de faltas que invoca se refiere a hechos posteriores a la fecha de la Sentencia que acuerda la separación, lo que ya rechazaría la aplicación de la norma, que exige que la condición de víctima de violencia de género tenga lugar en el momento de la separación judicial o el divorcio.

De todas formas, se concluye la total falta de prueba de ese aspecto, pues la Sentencia fue de libre absolución del denunciado, y no puede tomarse como probado lo que no es más que afirmación de parte.

Por lo expuesto, el recurso debe ser desestimado.

En su virtud,



FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Adelaida contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Gijón, dictada en los autos seguidos a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre Viudedad, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, y en los términos del art. 221 de la LRJS y con los apercebimientos en él contenidos.

Tasas judiciales para recurrir

La tramitación del recurso de casación para unificación de doctrina no constituye hecho imponible, y por tanto no se requiere la liquidación de tasas (Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V 3674-23 de 26-12- 2013).

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.