



Roj: **STSJ CANT 863/2016 - ECLI:ES:Tsjcant:2016:863**

Id Cendoj: **39075340012016100564**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2016**

Nº de Recurso: **335/2016**

Nº de Resolución: **463/2016**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000463/2016

En Santander, a 10 de mayo del 2016.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

MAGISTRADOS

Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS (Ponente)

Ilma. Sra. D^a. María Jesús Fernández García

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por INSS y TGSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos se presentó demanda por doña Verónica siendo demandado INSS y TGSS sobre Seguridad Social, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 1 de febrero de 2016 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO .- Como hechos probados se declararon los siguientes:

" 1º.- La demandante y el señor Vicente formaban matrimonio. El 21-1-10 se divorciaron de mutuo acuerdo por medio de sentencia del juzgado de primera instancia nº 2 de Laredo, cuyo contenido se tendrá por reproducido.

Esta sentencia aprobó el Convenio regulador de 30-11-09, en cuya cláusula 4ª se establecía lo siguiente respecto de la pensión compensatoria:

"Pensión Compensatoria.- Ambos esposos renuncian, de manera recíproca, a entregarse o recibir cualquier cantidad periódica o pensión reconociendo, a tal efecto, que lo pactado en esta cláusula, no produce para ninguno de los dos desequilibrio económico."

2º. - El esposo de la actora falleció el 22-6-15.

3º.- El 27-9-09 la demandante denunció ante la Policía a su esposo por malos tratos, amenazas...

(el contenido de esta denuncia se tendrá por reproducido).

La actora retiró en su momento esta denuncia.



4º.- El 28-9-09 el magistrado del juzgado de Instrucción nº 2 de Laredo dictó auto en el que acordó la prohibición de acercamiento del esposo de la actora respecto de esta. (el contenido de esta resolución judicial se tendrá por reproducido).

5º.- Se ha tramitado expediente administrativo relativo a la concesión en favor de la actora de una prestación de viudedad. El INSS denegó el derecho a esta prestación por resolución de 21-8-15, decisión contra la que se interpuso reclamación previa el 21-9-15 que fue desestimada el 25-9-15.

6º. - La base reguladora asciende a 1.510,13 euros, porcentaje del 52 % y fecha de efectos el 1-7-15."

TERCERO .- En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta por doña Verónica contra el INSS y TGSS, reconozco el derecho de la demandante a percibir la prestación por viudedad de conformidad con una base reguladora de 1.510,13 euros, porcentaje del 52 % y efectos a partir del 1-7-2015.

Se condena a las demandadas al abono de la meritada prestación en su condición de responsables."

CUARTO .- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Se interpone recurso, denunciando la infracción, por errónea interpretación, del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social (actual artículo 220.1 del real Decreto legislativo 8/2015, de 30-10 , por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS, en su redacción transitoria de la Disposición Transitoria 26ª del mismo texto legal).

Es indiscutido que la actora no percibía la pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante y que tampoco cumplía los requisitos exigidos por el régimen excepcional que estableció la Disposición Transitoria Decimooctava de la LGSS , al ser el divorcio posterior a uno de enero de 2008, de forma que la única vía de acceso lo era por la concurrencia del requisito de la víctima de violencia de género que las Entidades gestoras consideran no acreditado.

La demandante y Don Vicente formaban matrimonio. El 21-1-10 se divorciaron de mutuo acuerdo por medio de sentencia del juzgado de primera instancia nº 2 de Laredo. En esta se aprobó el Convenio regulador de 30-11-09, en cuya cláusula 4ª se establecía lo siguiente respecto de la pensión compensatoria: "Pensión Compensatoria.- Ambos esposos renuncian, de manera recíproca, a entregarse o recibir cualquier cantidad periódica o pensión reconociendo, a tal efecto, que lo pactado en esta cláusula, no produce para ninguno de los dos desequilibrio económico." El esposo de la actora falleció el 22-6-15.

El 27-9-09 la demandante denunció ante la Policía a su esposo por malos tratos, amenazas...La actora retiró en su momento esta denuncia. Resulta cierto que el convenio no reconoció pensión compensatoria alguna pero la sentencia considera, a través de la valoración de la testifical de la hija, convincente y espontánea, según la define, que su madre fue objeto de maltrato

Se acredita, entonces a través de testifical, la conducta del esposo, motivadora de violencia de género, que desapareció con el divorcio, si bien este dato está incorporado con valor fáctico en la propia fundamentación jurídica, lo que no excluye su virtualidad.

Como expresa la sentencia del TS, que se cita por la parte recurrente, de 20-1-2006. Rec. 3106/2014 , en la realidad social de 1995 (primera denuncia), la del caso resuelto por la doctrina unificada, las manifestaciones de la demandante constituían un importante indicio de que estaba siendo violentada por su esposo aunque la sentencia absolutoria se debe a que la propia denunciante retiró la acusación. También relevante que, en supuestos de separación o divorcio anteriores a la Ley Orgánica 1/2004, la existencia de denuncias por actos constitutivos de violencia de género constituyen 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.

Pero también ha de precisarse conforme a esta resolución, lo que no es incompatible con lo anterior, que solo 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"y es que 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". En este caso, se dictó auto el 28-9-2009, por el Juzgado de Instrucción nº 2 de



Laredo en el que se acordó la prohibición de acercamiento, que no deja de ser una de las medidas propias de la orden de protección.

Se trata de previsiones concordantes con la Ley Orgánica de Violencia de Género. 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 LECrim) y al Informe del Ministerio Fiscal cuando el mismo indique que existen indicios de que la demandante es víctima de violencia de género.

Pero, además, como también reconoce la norma de Seguridad Social, si ninguna de las reseñadas vías acreditativas puede operar, debe acudir a la posibilidad de utilizar "cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho", como sucede, y entre ellos, claro está, la testifical.

Resulta sorprendente que en el ámbito de un recurso extraordinario, las Entidades gestoras nieguen, sin embargo, la convicción que le produce al Magistrado de instancia tal prueba, la testifical de la hija y, por ello, la posibilidad de asimilarla a la sentencia firme, archivo por causa de fallecimiento y orden de protección, cuando el artículo 174.2, se refiere a la posibilidad de acreditar tal violencia de género, insistimos: "por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho", es decir, también a través de testifical, que, claro está, debe pasar por el tamiz de la valoración judicial como es el caso y que no es revisable.

La existencia de una denuncia, como argumento definitivo, aunque se carezca de cualquier otra actuación posterior, porque cuando se presenta no puede tener otro objeto que el de manifestar malos tratos, no es la doctrina asumida en unificación, como tampoco que "las simples denuncias penales ante la policía por amenazas o agresiones, sin ulterior actuación, no son pruebas propiamente dichas". Es que, en cambio, tal doctrina la que, tras analizar aquel caso la denuncia en el año 1995,

considera que, debe huirse de cualquier automatismo y valorar las circunstancias concurrentes y entre ellas, como en el actual, el testimonio del hijo contrario a los intereses del padre si "refuerza la idea sobre el trato violento que la mujer había venido padeciendo".

Entonces como ahora, la mera denuncia no constituye prueba suficiente pero sí puede considerarse como indicio de maltrato. Si 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", 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. Lo que justifica que sigue existiendo el panorama indiciario de violencia como si esta sentencia absolutoria no existiera, y que, no desvanecido, por tal indicio, en este caso reforzado por una testifical poderosa, tal condición de víctima de violencia de género se acredite "por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho", como sucede.

El recurso hace entonces una lectura literal de referido pronunciamiento, pretendiendo su efectividad sólo en los supuestos de separación o de divorcio anteriores a la Ley Orgánica 1/2004, cuando, sin embargo, tal como se reitera, son tres los datos que, con carácter general, deben concurrir ahora en la normativa de la LGSS, y también la Ley Orgánica 1/2004, para que surja la pensión de viudedad a través de esta específica vía. 1) Elemento instrumental: acreditarse la realidad a través de medios probatorios jurídicamente válidos, 2) Elemento material: ser víctima de violencia de su ex pareja, 3) Elemento cronológico: que exista violencia de género al producirse la separación o divorcio. Tales exigencias son las que se cumplen en el supuesto actual.

Por ello, aun reconociendo, como esta resolución, las dificultades casuísticas que pueden presentarse, la doctrina que emana plenamente aplicable y en la forma en la que resuelve la resolución de instancia, cuyo pronunciamiento se confirma íntegramente.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso interpuesto por Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº tres, de fecha 1 de febrero de 2016, autos 671/2015, dictada en virtud de demanda seguida por D^a Verónica contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, confirmado íntegramente dicha resolución.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse ante



esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, el proceso al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

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

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ