

RECURSO N°: Suplicación / E_Suplicación

SENTENCIAN°:

N.I.G. P.V.
N.I.G. CGPJ

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 17 de mayo de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRIGARATE y D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRJ, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 18 de Diciembre de 2015 , dictada en proceso sobre OSS, y entablado por **D^a MARI** **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- La demandante , en fecha 15-12-14, solicitó ante la Dirección Provincial del INSS de Gipuzkoa la pensión de viudedad.

La actora contrajo matrimonio con _____ en fecha 22-6-71; matrimonio que se disolvió por divorcio mediante sentencia dictada en fecha 9-9-95.

En fecha 10-8-12 falleció

SEGUNDO.- La demandante no era perceptora de la pensión compensatoria prevista en el art. 97 del Código Civil.

TERCERO.- _____ agredió verbal y físicamente a la demandante.

CUARTO.- La Dirección Provincial del INSS de Gipuzkoa mediante resolución con fecha de salida 20-2-15 desestimó tal petición.

QUINTO.- Disconforme con la resolución dictada la actora interpuso una reclamación previa. Por la Dirección Provincial del INSS de Gipuzkoa se resolvió su cancelación por duplicidad con el expediente _____ cuya resolución había adquirido firmeza y por improcedencia de la prescripción alegada.

SEXTO.- La base reguladora ascendería a 2.294,45 euros, fecha de efectos el 15-9-13 y el porcentaje del 52%".

SEGUNDO - La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Estimando la demanda interpuesta por N _____ ante al Instituto Nacional de la Seguridad Social-Tesorería General de la Seguridad Social, se declara el derecho de la actora a percibir pensión de viudedad por fallecimiento de _____, sobre una base reguladora de 2.294,45 euros, fecha de efectos el 15-9-13 y un porcentaje del 52%, condenando al INSS-TGSS a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación reconocida, todo ello sin perjuicio de las actualizaciones y revalorizaciones que procedan".

TERCERO. - Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por

CUARTO . - El 14 de abril de 2016 se recibieron las actuaciones en esta Sala, deliberándose el recurso el 17 de mayo siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El INSS y la TGSS recurren en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Donostia/San Sebastián, de 18 de diciembre de 2015, que estimando la demanda interpuesta por D^a María mayo de ese año, ha declarado que tiene derecho a percibir pensión de viudedad desde el 15 de septiembre de 2013, en cuantía inicial del 52% de 2.294,45 euros/mes, a cargo de los recurrentes, con la que dejaba sin efecto la resolución de dicho Instituto, de 20 de febrero de 2015, que denegó su petición de pensión por estar divorciada del ca usante desde hacía más de diez años a la fecha de su muerte y sin derecho a pensión compensatoria.

El Juzgado sustenta su pronunciamiento en que, como la demandante alegaba, se había acreditado que era víctima de violencia de género por su ex marido, quien la agredía física y verbalmente, en convicción que extrae del testimonio de la hija común y de que así lo hacía constar en la demanda de divorcio (así dice, aunque es un mero lapsus, ya que el documento nº 3 de la demandante que al efecto menciona en el fundamento de derecho segundo de su resolución es la demanda de separación judicial).

El recurso de los demandados pretende cambiar ese pronunciamiento por otro que desestime la demanda, a cuyo fin articula dos motivos, respectivamente dirigidos a revisar los hechos probados en dos extremos y a acusar una infracción jurídica cometida por la sentencia recurrida.

Recurso impugnado por la demandante, que asume las razones del Juzgado.

SEGUNDO. - A) Se denuncia, e n primer lugar, que no se haya declarado probado que la demandante formuló una petición anterior de la pensión, que le fue denegada por el INSS el 7 de octubre de 2012 por la misma razón que en el caso actual, sin que se impugnara. Lo sustenta en la copia de dicha resolución del INSS, que obra en la copia del expediente administrativo aportado a los autos. Vincula su relevancia jurídica a que entonces no se adujo que fuese víctima de violencia de género y ello debe tenerse en cuenta en orden a la acreditación del hecho en el actual litigio.

B) La Sala lo desestima, ya que si bien dicho documento revela la existencia de la solicitud anterior, su resultado y las razones alegadas para ello, no pone de manifiesto su firmeza ni si entonces se alegó o no esa circunstancia, pero en todo caso carece de la trascendencia jurídica que los recurrentes le dan, ya que no sería circunstancia que pudiera servir para negar la condición de víctima de género de la demandante al tiempo de su separación o divorcio, cuando como en el caso sucede, el art. 174.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por R. Decreto legislativo 1/1994 -LGSS- (inciso final de su párrafo primero), en su redacción dada por el apartado I O de la disposición final 3^a de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, permite que se acredite por cualquier medio de prueba admitido en Derecho y, en el caso, el Juzgado ha formado convicción en base a alguno de esos medios.

TERCERO.- A) Se propone, en segundo lugar, que se elimine el hecho probado tercero y, en su lugar, se diga que por sentencia de 12 de julio de 1991 se decretó la separación judicial de los cónyuges por mutuo acuerdo y en la sentencia de 9 de septiembre de 1995 se estimaron parcialmente sus demandas de modificación de medidas y se decretó el divorcio, sin que en ninguna de las sentencias se recoja indicio alguno sobre violencia de género. Sustenta la supresión del texto actual en que predetermina el resultado del litigio; y el nuevo texto, en la copia de las dos sentencias mencionadas, obrantes en la copia del expediente.

B) La Sala lo desestima por razones diversas.

Así, en cuanto al texto que quiere eliminar: 1) porque no se basa en prueba documental o pericial ni cita norma jurídica que impida declarar probado un hecho que es capital para decidir la cuestión litigiosa, con lo que incumple con las cargas que impone el art. 196 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LJS); 2) porque se asienta en la equivocada idea de que a los hechos probados no se puede llevar la convicción del Juzgado sobre un hecho que es decisivo para decantar la suerte del litigio en uno u otro sentido, cuando precisamente el Juez está obligado a recoger, en los hechos probados, los fundamentos fácticos de su decisión.

Subyace, en realidad, una confusión en los recurrentes: lo que normalmente se denomina hecho predeterminante y está proscrito no es llevar a los hechos probados un hecho decisivo, sino describir los hechos probados en términos teñidos de contenido jurídico controvertido entre las partes y ello por la sencilla razón de que con esa descripción, se deja en la penumbra conocer qué fue realmente lo sucedido (un ejemplo: si en un litigio reclamando el pago de un salario, se discute si se pagó o no porque se entregó un cheque sin fondos, lo que debe describirse como hecho probado no es si se pagó o no, sino solamente que se entregó un cheque sin fondos, siendo luego propio de la fundamentación jurídica analizar si esa conducta supuso o no el pago del salario). Sucede, sin embargo, que lo que se declara probado en el ordinal tercero de la sentencia se describe por el órgano judicial en términos absolutamente desprovistos de toda carga jurídica, relatando una concreta conducta en términos llanos, sin tinte jurídico (ni tan siquiera se dice ahí que la demandante ha sido víctima de violencia de género). Resulta innecesario, además, expulsar del apartado de hechos probados los hechos descritos en términos jurídicamente predeterminantes, ya que su naturaleza no es la propia de un hecho probado, precisamente por esa carga jurídica que lleva incorporada y es controvertida.

D) En cuanto al texto que se propone, la Sala lo admite, porque los documentos en que se basa revelan lo que propone, pero bien entendido que debe completarse con lo que se recoge con valor fáctico en el fundamento de derecho segundo de la sentencia (y hemos corregido en un aspecto formal por provenir de un mero despiste), en el sentido de que en la demanda de separación se describía una situación de maltrato por parte del esposo hacia la demandante, cuya mera lectura resulta bien significativa. Proceso de separación

judicial, inicialmente planteado en términos contenciosos y luego reconvertido en una separación de mutuo acuerdo.

Se trata, sin embargo, de una ampliación carente de relevancia jurídica, ya que subsiste el hecho capital para decantar la suerte del litigio, como es que el causante agredía verbal y físicamente a la demandante al tiempo de su separación.

CUARTO.- A) Se denuncia, desde la vertiente jurídica, que la sentencia ha aplicado indebidamente el inciso final del párrafo primero del art. 174.2 LGSS, ya que no hay indicios de que la demandante fuera víctima de violencia de género al tiempo de su separación o divorcio, como lo exige ese precepto para poder tener derecho a la pensión de viudedad.

B) Infracción inexistente, a juicio de esta Sala, dado que está acreditado que era agredida verbal y físicamente por su esposo, siendo víctima de unos malos tratos al tiempo de separarse que, por desarrollarse en el ámbito de la relación matrimonial entre los cónyuges y sufriendolos la esposa, constituyen el supuesto de violencia de género cuya acreditación, según dicho precepto, puede llevarse a cabo por cualquier medio de prueba admitido en Derecho y aquí quedó debidamente acreditado a través de la testifical de la hija común, con el refuerzo que supone el indicio que revela la demanda de separación judicial formulada por la esposa, relatando las concretas conductas maltratadoras que recibía de su esposo y la llevaban a pedir la separación judicial, que en modo alguno pierde ese valor indiciario por el hecho de que el proceso de separación se acabara transformando en uno de mutuo acuerdo, ya que nada revela sobre la realidad o no de esa conducta.

No está de más recordar, a este respecto, la reciente sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 20 de enero de 2016 (RCUD 3108/2014), que considera como doctrina errónea la del Tribunal Superior de Justicia que niega la condición de víctima de violencia de género que el Juzgado de lo Social había reconocido porque éste se había basado en una mera denuncia penal, posteriormente retirada, cuando según el Tribunal Supremo la misma es expresión de un fuerte indicio de su existencia, que no lo contradecía el resto del material probatorio practicado sobre dicho extremo.

El recurso, por lo expuesto, se desestima.

QUINTO.- Los demandados disponen del beneficio de justicia gratuita (art. 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita), lo que impide condenarles al pago de las costas causadas por su recurso (art. 235.1 LJS).

FALLAMOS

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal del INSS y la TGSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Donostia/San Sebastián, de 18 de diciembre de 2015, dictada en sus autos nº 293/2015, seguidos a instancias de D^a María Teresa [redacted] :currentes, sobre pensión de viudedad, confirmando lo resuelto en la misma. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento .

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

E/

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

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al **preparar** el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de **preparar** el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número _____, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO SOCIAL

Barroeta Aldamar nº 10.-4ª pta.
Bilbao

RECURSO DE SUPPLICACION 748/16-SAB
MAGISTRADO PONENTE: D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VTLLAR

DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN.

En Bilbao, a 30 de Mayo de 2016

LETRADO D. IBAN UGARTE HERRARTE

EN REPRESENTACIÓN

SE LE NOTIFICA SENTENCIA

DICTADA/O EN LA PIEZA DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN ARRIBA
INDICADO, MEDIANTE LECTURA ÍNTEGRA Y ENTREGA DE COPIA LITERAL.

Enterado, firma conmigo, el Secretario. Doy fe.