

Id Cendoj: 39075340012009100109
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Santander
Sección: 1
Nº de Recurso: 1108/2008
Nº de Resolución: 38/2009
Procedimiento: SOBRE PERSONAL
Ponente: SANTIAGO EDUARDO PEREZ OBREGON
Tipo de Resolución: Sentencia

Dª AMPARO COLVEE BENLLOCH, Licenciada en Derecho y Secretaria de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia

de Cantabria,

DOY FE Y TESTIMONIO: Que en el recurso de Suplicación del que luego se hará mérito, se ha dictado por este Tribunal la

siguiente resolución.

TSJ. CANTABRIA SALA SOCIAL

SANTANDER

Sentencia Núm. 38/08

Rec. Núm. 1.108/08

Sec. Sra. Colvée Benlloch.

PRESIDENTE

Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

MAGISTRADOS

Ilma. Sra. Dª. Mª Jesús Fernández Garcia

Ilmo. Sr. D. Santiago Pérez Obregón

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

SENTENCIA

En Santander, a veintidós de enero de dos mil nueve.

En el recurso de suplicación interpuesto por Dª. Camino contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Tres de Santander, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Santiago Pérez Obregón, quién expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Dª. Camino siendo demandados el

Instituto Nacional de la Seguridad Social y otro 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 27 de octubre de 2.008 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Que como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- La demandante se separó de su marido el 1-3-2004 por sentencia dictada en el juzgado de primera instancia nº 2 de Laredo (su contenido se tiene por reproducido).

2º.- El esposo de la demandante falleció el 14-3-2008.

3º.- La demandante no era perceptora de la pensión compensatoria prevista en el *artº 97 del C. Civil*.

4º.- El esposo de la demandante padecía etilismo crónico y protagonizaba crisis de ansiedad con falta de control y amenazas de muerte a su familia.

5º.- Se ha tramitado el consiguiente expediente administrativo, cuyo contenido se tiene por reproducido, con resolución final del INSS de 28-3-08 denegando el derecho de la demandante a la pensión de viudedad que pretende.

Contra esta decisión se interpuso reclamación previa el 12-5-08 que fue rechazada el 23-5-08.

6º.- La base reguladora ascendería a 259,02 euros, fecha de efectos el 1-4-08 y porcentaje del 52%.

7º.- La demandante percibe pensión SOVI por importe de 356,20 euros.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda formulada en solicitud de que se declare el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad que reglamentariamente le corresponda por fallecimiento de su esposo con las consecuencias legales.

Frente a este fallo interpone recurso mediante la formulación de un motivo al amparo del *artículo 191.c) del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral* vigente.

A) En primer lugar se denuncia por aplicación indebida el *artículo 174.2 de la LGSS* y la infracción de los *artículos 97 y 101 del Código Civil*.

Discrepa de la interpretación que asume la sentencia del *artículo 174.2 de la LGSS* en la redacción dada por la *Ley 40/2007 de 4 de diciembre*.

Dicha norma establece: "... El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el *art. 97 del CC*., ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante".

La razón de discrepancia con la sentencia recurrida surge porque el Juzgador de instancia condiciona el derecho a la pensión de viudedad al percibo de una pensión compensatoria, pensión compensatoria que no se fijó en el convenio regulador.

Considera que de la lectura del citado *artículo 172.2* en ningún caso se desprende que las personas separadas que no perciban pensión compensatoria no tendrán derecho a la viudedad.

La disposición normativa no excluye a la actora de su derecho a ser beneficiaria de la prestación de viudedad, en la medida en que la situación de las personas que, como la demandante, se encontraba separada al momento de producirse el hecho causante sin percibir pensión compensatoria no se menciona en ningún caso y ello por cuanto que no se puede extinguir (como plantea la literalidad de dicho artículo) algo que no existe.

B) En segundo lugar se denuncia asimismo, infracción por aplicación indebida del *artículo 3 de la*

vigente LGSS .

El *art. 3 de la LGSS* regula el principio de irrenunciabilidad de los derechos de la seguridad social.

Conforme ha quedado expuesto de forma antecedente, al momento de efectuarse la renuncia de la pensión compensatoria -con la suscripción del oportuno convenio regulador -la regulación normativa, el entonces vigente *art. 174.2 de la LGSS* , establecía como único requisito para acceder a la prestación de viudedad, en los supuestos de separación o divorcio, no haber contraído nuevas nupcias.

La demandante convivió con su cónyuge 38 años, no habiendo contraído nuevas nupcias.

Por tanto, no cabe adjudicar a la renuncia referida mayor alcance que la que de modo expresa le otorgaron los esposos al momento de suscribir el convenio regulador, tratándose como se trataba de un negocio jurídico de carácter privado, sin que, en ningún caso dicha renuncia voluntaria pueda afectar a los derechos derivados del sistema público de Seguridad Social, máxime teniendo en cuenta que la pensión compensatoria, regulada en el *art. 97 CC* . es un derecho al que se puede renunciar (como así ha sido en el presente caso), y la pensión de viudedad, es un derecho social al que le es de aplicación el principio del *art. 3 de la LGSS* , según la cual: será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual se renuncie a los derechos que le confiere la presente Ley.

Y C) En tercer lugar se denuncia la infracción por aplicación indebida de los *artículos 1.2) y 2 a) de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral* contra la Violencia de Género, a las víctimas de violencia de género, que regulan los principios rectores de protección y asistencia social y económica garantizados a este colectivo.

La Sentencia de Instancia reconoce como hecho probado la situación de maltrato que ha sufrido la actora durante los 38 años que duró su matrimonio. Reconoce y acepta, (con referencia expresa en el cuarto párrafo del Fundamento de Derecho Primero), que precisamente esta situación de maltrato fue la que obligó a la recurrente a renunciar a la pensión compensatoria.

Se constata, en definitiva, que no es que la recurrente no tuviera derecho a una pensión compensatoria, -obviamente tenía todo el derecho, contaba con setenta años, toda una vida (38 años) dedicada a la familia, sin ninguna posibilidad de acceder al mundo laboral, sin vivienda y con la única ayuda de unos 300 # que cobraba del SOVI-, sino que la razón que la llevó a renunciar en su momento al percibo de una pensión compensatoria fue una razón de defensa y autoprotección, al no poder garantizarle los poderes públicos la necesaria protección para ella y para su hija.

Estos hechos y la normativa invocada han de conducirnos necesariamente a que se estime el motivo, se dicte nueva sentencia de conformidad con el suplico de demanda que reitera en la alzada.

SEGUNDO.- Para resolver la cuestión esencial del litigio -que no es otra que si la actora tiene o no derecho a la prestación de viudedad, quien estaba separada legalmente de su esposo y en el convenio regulador no fijó pensión compensatoria-, deben establecerse los hechos más significativos que constan como probados en la sentencia y sobre los que no hay polémica y se aceptan por las partes.

A) El esposo de la demandante padeció etilismo crónico y protagonizaba crisis de ansiedad con falta de control y amenazas de muerte a su familia, ordinal cuarto.

B) La actora percibe pensión SOVI por importe de 356,20 #.

C) Señala el Magistrado de instancia en el F 1 que la actora expuso que por razones de maltrato continuado del que no se duda, se omitió toda referencia al derecho a una pensión compensatoria en el Convenio Regulador aprobado por sentencia.

D) En las actuaciones consta además que el uso del domicilio se dejó al esposo, (Convenio Regulador), folio 31, en tanto que la esposa tuvo que acudir para residir a la casa de acogida para mujeres víctimas de violencia, dependiente de la Dirección General de la Mujer de Cantabria, folio 21; también consta la sentencia dictada en juicio de faltas 201/2004 del Juzgado número 2 de Laredo por denuncia de la esposa por malos tratos de la que posteriormente desistió, una vez dictada sentencia de separación, Folio 50 y ss.

TERCERO.- El *artículo 174.2 en la redacción dada por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre* dispone: "El derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará

condicionada, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el *artículo 97 del Código Civil*, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante".

De una lectura literal de la norma puede deducirse que para tener derecho a la pensión de viudedad se precisa haber sido acreedora a una pensión compensatoria.

El Tribunal Constitucional en SS. TC 103/1983, de 22 de noviembre, 184/1990 de 15 de noviembre y 35/1991 de 14 de febrero y ATC 188/2003 de 3 de junio ha expresado: "la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o dependencia económica, amparando un mínimo de rentas, sino más bien a compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge supérstite, y, en general afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad".

No es de aplicación el *artículo 3 de la LGSS* que fija la irrenunciabilidad de los derechos de la Seguridad Social, porque lo que está en juego es la procedencia o no del derecho a la pensión de viudedad que pueda corresponder a la demandante, derecho que es controvertido en el litigio.

CUARTO.- Manifestado los hechos y la normativa de aplicación, la Sala considera que en el caso de autos debe declararse a favor de la actora su derecho a la pensión de viudedad, porque solamente y así viene recogido en la sentencia de instancia la única explicación que motivó que no se estableciese pensión compensatoria a su favor deriva de que el esposo, quien estaba diagnosticado de etilismo crónico, protagonizaba crisis de ansiedad con falta de control y amenazas de muerte a su familia, (esposa e hija), e incluso motivó que fuese denunciado por la esposa por malos tratos.

Además ésta tuvo al tiempo de los trámites de separación que acudir a una casa de acogida para mujeres víctimas de violencia de género, dependiente de los Servicios Sociales de la Comunidad.

Abunda estas razones el hecho objetivo de que los esposos contrajeron matrimonio en el año 1.966, la separación tuvo lugar en el año 2.004, después de casi cuarenta años de matrimonio, siendo la edad de la demandante de 74 años.

La *Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* no puede ser más explícita en estos casos cuando en su *artículo 1º* se señala que esta Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia.

El *artículo 2* precisa que por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.

En aplicación de esta normativa al caso sometido a decisión del Tribunal la respuesta ha de ser la ya explicitada, de que a la actora le corresponde la prestación de viudedad, dando cumplimiento a la disposición legal de protección integral de la mujer sometida a violencia de género.

Con otras palabras, la inexistencia de pensión compensatoria en el Convenio Regulador acompañado con la demanda de separación, no puede ser obstáculo para el reconocimiento de la pensión de viudedad, cuando como en el caso que examinamos y valoramos, ha de protegerse de forma integral a la mujer sometida a violencia de género, aplicando en consecuencia el mandato legal.

En definitiva, como señala la recurrente, el motivo que le llevó a renunciar al percibo de una pensión compensatoria fue por razones de defensa y autoprotección.

Se estima el motivo y con ello el recurso.

QUINTO.- Como la demandante percibe pensión SOVI, a tenor del *artículo 122 de la LGSS*, que regula la incompatibilidad de pensiones, firme esta resolución deberá optar entre la pensión; que aquí se reconoce y la pensión que viene percibiendo.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Camino contra la sentencia dictada por el

Juzgado de lo Social número Tres de Santander con fecha 26 de octubre de 2.008 (autos 568/08), que revocamos, estimamos la demanda formulada, declaramos el derecho de la actora a percibir pensión de viudedad por fallecimiento de D. Eusebio , sobre una base reguladora mensual de 259,02 €, porcentaje del 52%, y efectos económicos a partir del 1 de abril de 2.008, debiendo optar entre la pensión que aquí se reconoce y la pensión SOVI que viene percibiendo, condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por estas declaraciones y al abono de la pensión reconocida, todo ello sin perjuicio de las actualizaciones y revalorizaciones que procedan.

Notifíquese esta sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma recurso de casación para la unificación de doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir del siguiente al de su notificación. Debiendo presentar la Entidad Gestora si recurriese, certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación de pago periódico y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso.

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

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

LA PRESENTE SENTENCIA ES FIRME

LO PREINSERTO CONCUERDA BIEN Y FIELMETE CON EL ORIGINAL A QUE ME REMITO, y para que así conste y surta los efectos oportunos, expido el presente que firmo en Santander a 21 de Abril de 2009.

D^a AMPARO COLVEE BENLLOCH, Licenciada en Derecho y Secretaria de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria,

DOY FE Y TESTIMONIO: Que en el recurso de Suplicación de que luego se hará mérito, se ha dictado por esta Tribunal la siguiente Resolución

Sentencia aclarada nº 38/09

Recurso de Suplicación nº **1108/2008**

AUTO

PRESIDENTE

Ilmo Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

MAGISTRADOS

Ilma. Sra. D^a Mercedes Sancha Saiz

Ilmo. Sr. D. Santiago Pérez Obregón

En Santander a dos de marzo de dos mil nueve.

En la presente resolución ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Santiago Pérez Obregón.

HECHOS

ÚNICO.- Con fecha 22 de Enero de 2009, se dictó Sentencia por esta Sala, que fue notificada a las partes en legal forma, y que por la parte demandada con fecha 27 de Febrero del corriente año se presentó en esta Sala escrito, solicitando aclaración de la sentencia; que en el encabezamiento de la misma, se sufrió un error de transcripción, consistente en que se puso como año el anterior 2008, debiendo ser 2009.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Dispone el *Art. 214 de la LEC "1* . Los tribunales no podrán variar las resoluciones que

pronuncien después de firmadas, pero si aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan.

Por lo que estando en el presente caso en presencia de un error material evidente, procede aclarar la sentencia en el sentido que se concreta en la parte dispositiva de esta resolución.

LA SALA RESUELVE:

Aclarar la sentencia de esta Sala de fecha 22 de Enero 2009 , en el sentido de que en el encabezamiento de la misma donde dice: "Sentencia núm. 38/08 ."; debe decir: "Sentencia núm. 38/09 .", quedando inalterada en todos sus demás pronunciamientos.

Notifíquese el presente Auto a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior.

Así por este nuestro Auto lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

LO PREINSERTO CONCUERDA BIEN Y FIELMENTE CON EL ORIGINAL A QUE ME REMITO, y para que así conste y surta los efectos oportunos, expido el presente que firmo en Santander a 21 Abril 2009