

En Las Palmas de Gran Canaria, a [7 de marzo de 2017](#).

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0001027/2016, interpuesto por Dña. xxxxxx, frente a Sentencia 000019/2016 del Juzgado de lo Social N° 6 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos N° 0000155/2015-00 en reclamación de Prestaciones siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D^a xxxxxx frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y D^a xxxxxxxx

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

“PRIMERO.- Solicitada por la parte actora prestación de viudedad fue denegada por resolución del INSS de fecha 24/11/14 por “no tener derecho en el momento del fallecimiento, a la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del CC, de acuerdo con el artículo 174.2 párrafo primero de la LGSS” y “por haber transcurrido un periodo de tiempo superior a 10 años entre la fecha de separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad, de1 acuerdo con la Disposición Transitoria 18^a de la Ley General de la Seguridad Social”

También por “no tener cumplida la edad de 65 años en la fecha de la solicitud, según lo establecido en el apartado 2 de la Disposición Transitoria 18^a de la Ley General de la Seguridad Social”

SEGUNDO.- En fecha 18/12/14 se interpuso reclamación previa, que fue desestimada mediante resolución de fecha 19/12/14.

TERCERO.- La actora y el causante contrajeron matrimonio el 18 de julio de 1981, fruto del cual nacieron dos hijos:xxxxxxx, nacida el 10/06/1982 yxxxxxxx, nacida el 18/09/1986.

CUARTO.- Con fecha 29/06/95 el Juzgado de Primera Instancia n° 5-familia de Las Palmas de Gran Canaria en autos de juicio incidental sobre separación 61/95, dictó Sentencia por la que se acordó la separación del matrimonio formado por la actora y D.xxxxxxxxxx.

No se hacía mención a la pensión compensatoria.

QUINTO.- El 1/09/1999 el Juzgado de Primera Instancia n° 3 de Las Palmas de Gran Canaria en autos sobre divorcio 577/99 dictó Sentencia declarando la disolución del matrimonio sin hacer mención a la pensión compensatoria a favor de Dña. xxxxxx.

SEXTO.- Don xxxxxxxx falleció el día 16 de junio de 2014.

SÉPTIMO.- El 29/01/2002 D. xxxxxx y Dña. Xxxxxx solicitan que se proceda a la inscripción de su unión en el Registro de Parejas de Hecho del Ayuntamiento de Puerto del Rosario.

El 14/05/2005 contraen matrimonio.

OCTAVO.- El 11/07/14 se reconoció por la dirección Provincial del INSS conceder pensión de viudedad a Dña. Lidia.

NOVENO.- La jefa de negociado del servicio de atención e información a la mujer del Instituto Canario de la Mujer certifica el 13/11/94 que la actora fue atendida en el centro por motivo de la incesante situación de violencia sufrida, junto con sus dos hijas menores, en su matrimonio, producida por su esposo.

Lo mismo señala en certificado de fecha 19/09/07.

DÉCIMO.- La base reguladora mensual a efectos de la prestación solicitada asciende a 1.644,14 euros, a la que hay que aplicar el porcentaje propio de la pensión, esto es, 52%, así como un porcentaje de prorrata de 41,08%, en caso de que la demanda se estimara con base en la DT 18LGSS y con un porcentaje de prorrata de 59,79% si se reconociese la pensión por sr víctima de violencia de género, al existir concurrencia de beneficiarios.

La fecha de efectos sería la de 23/07/2014.

UNDÉCIMO.- Se agotó la vía previa."

TERCERO.- En el fallo de la sentencia de la instancia, literalmente se recoge:

“DESESTIMAR la demanda interpuesta por Dña. xxxxxxxx contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y xxxxxxxx absolviendo a las demandadas de los pedimentos efectuados en su contra.”

CUARTO.- Contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación porxxxxxxxxx , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por Dªxxxxxxxxxxxxx ; que contrajo matrimonio el 18 de julio de 1.981 con el causante, habiéndose acordado la separación judicial de los cónyuges por sentencia de fecha 29/06/95 dictada en autos 161/91 seguidos ante el juzgado de primera instancia nº 5 de esta localidad y sin que se fijara pensión compensatoria alguna, ni tampoco se fijó en la sentencia de divorcio dictada el 1 de septiembre de 1999. La actora fue atendida en el Instituto canario de la mujer por motivo de la incesante situación de violencia sufrida, junto a sus dos hijas menores, según certificado de la jefa del negociado del citado servicio de fecha 13/11/1994 .

Don xxxxxxxx falleció el 16 de junio de 2014 .

Y habiendo solicitado la actora pensión de viudedad ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), siendo denegada mediante resolución de 24/11/14, por no tener derecho al momento del fallecimiento a la pensión compensatoria a la que refiere el art. 97 del C.c. y por haber transcurrido un periodo superior a diez años entre la fecha de divorcio o separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante, de acuerdo con la DT 18º de la LGSS. Y también por no tener cumplida la edad de 65 años en la fecha de la solicitud, según el apartado 2 de la DT 18º de la LGSS.

Frente a la citada sentencia se alza la actora mediante el presente recurso de suplicación articulado en base a un único motivo que se analizará a continuación a fin de que, revocada la referida resolución judicial, se declare su derecho a percibir la pensión de viudedad condenándose al INSS, al abono de las pretensiones correspondientes, así como a estar y pasar por tal declaración.

El recurso ha sido impugnado por el INSS

SEGUNDO.- En el primer y único motivo del recurso, se denuncia la infracción de normas sustantivas, al amparo de lo previsto en el art. 193 b) de la Ley general de la Seguridad Social (LRJS).

Específicamente se denuncia la infracción de lo previsto en el art. 174.2º d) de la LGSS (versión del RD legislativo 1/1994) en relación con la Disposición Transitoria 18º de la LGSS y con el art. 97 del Código civil.

A)- OBJETO DEL RECURSO

Derecho de la actora a la pensión de viudedad derivada del fallecimiento del causante don xxxxxxxxxx, bajo la modalidad víctima de violencia de género.

El art. 174. 2º de la LGSS (versión RD legislativo 1/1994) y aplicable al caso, disponía:

“Artículo 174 Pensión de viudedad

1-Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio (...)

2. 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 y ésta quedara 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.

Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente.

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el párrafo anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios.”

La DT 18º de la LGSS dispone:

“Disposición transitoria decimoctava Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008

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.

La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad.

En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley.

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.*

La pensión se reconocerá en los términos previstos en el apartado anterior.”

La recurrente entiende que la actora reúne los requisitos establecidos en el art. 174.2º de la LGSS vigente al momento de producirse el hecho causante, al tratarse de una víctima de violencia de género, cuestión que quedó probada en el acto del juicio a través de la certificación de fecha 13/11/94 y 19/09/1.997, expedidas por la jefa del negociado del Servicio de Atención e Información a la Mujer del Instituto Canario de la Mujer (ICM), en las que se recoge que la actora fue asistida en dicho centro por la situación de violencia sufrida.

La impugnante se opuso radicalmente a lo anterior, sustancialmente en base a los propios argumentos de la sentencia recurrida a los que se añadió algunos otros datos que, a criterio de la Entidad demandada desvirtúan que fuese víctima de violencia de género. Por ejemplo, se alude a que en la separación matrimonial de 1995 se sostuvo como causa por la actora: “la infidelidad del causante”, aunque al no quedar constancia de la causa se accedió a la demanda por “desafección marital”. Tampoco en la sentencia de divorcio se hace ninguna referencia a la situación de violencia de género que ahora se esgrime, e incluso se aceptó el régimen de visitas del padre sin recogerse ninguna causa de inidoneidad del mismo por los supuestos malos tratos físicos o psíquicos hacia la madre. Se destaca que la única denuncia por violencia con indicación de partes intervinientes planteada ante el juzgado, es absoluta, por lo que la impugnante concluye destacando que estamos ante una situación de **“controversia en la**

pareja”, incluso después de separados, sobre atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar. Tampoco da credibilidad a los certificados expedidos por la jefa del servicio del ICM, por ausencia de descripción o especificación de datos más precisos, así como por la ausencia de ratificación en el acto del juicio. Se destaca por la impugnante que la violencia debe probarse al momento de la separación, de acuerdo con la jurisprudencia existente en la materia.

Para poder efectuar un correcto análisis jurídico de la cuestión controvertida, procede determinar antes el íter cronológico de los datos relevantes que se incluyen en el relato de hechos probados:

-La actora y el causante contrajeron matrimonio el 18 de julio de 1981 y fruto del matrimonio nacieron dos hijas.

-El 29 de junio de 1995 se dicta sentencia de separación del matrimonio. Sin hacerse mención a la pensión compensatoria.

-En fecha 1 de septiembre de 1999 se dicta sentencia de divorcio, declarando la disolución del matrimonio, sin hacer mención alguna a pensión compensatoria a favor de la actora.

-El causante fallece el 16 de junio de 2014

-En fecha 29 de enero de 2002 el causante y Dª xxxxxx solicitaron inscripción de su unión en el registro de parejas de hecho del Ayuntamiento de Puerto del rosario. Y el 14 de mayo de 2005, contrajeron matrimonio.

-El 11 de julio de 2014 el INSS reconoció pensión de viudedad a Dªxxxxxxx , como cónyuge del causante al momento del fallecimiento.

B)- INTEGRACIÓN DE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO.

El acceso a la pensión de viudedad en el caso de mujeres separadas o divorciadas que hayan sido víctimas de violencia de género exige la concurrencia de unas requisitos objetivos que se han venido clarificando a través de la jurisprudencia de nuestro alto Tribunal. No obstante, al tratarse de una modalidad de viudedad vinculada a una situación de violencia de género, se hace imprescindible, la integración de la dimensión de género, para la resolución de la “questio litis” por expreso mandato del art. 4 de la LO 3/2007.

Las características de género son construcciones socioculturales que varían a través de la época, la cultura y el lugar; y se refieren a los rasgos psicológicos y culturales que la sociedad atribuye, a cada uno, de lo que considera “masculino” o “femenino”. Es decir, define la posición que asumen mujeres y hombres con relación a unas y otros y la forma en que construyen su identidad. Por ello, en todos los casos que involucren relaciones asimétricas, prejuicios y patrones estereotípicos por razón de género, deberá aplicarse en la impartición de justicia una metodología de análisis que integradora de la perspectiva de género. La violencia de género física y/o psicológica, deriva directamente de las referidas asimetrías endémicas y estructurales.

En primer lugar, debemos acudir a la normativa nacional e internacional aplicable en materia de igualdad y no discriminación, por razón de género y también en materia de violencia de género.

B.1-Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre:

El concepto jurídico de la víctima de violencia de género, se acota en el artículo 1 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género:

“Artículo 1. Objeto de la Ley.

La presente 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, aun sin convivencia.

2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.

3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.”

La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

El principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres exige la integración de la dimensión de género en la aplicación de todas las normas, tanto si se trata de normas procesales, incluyendo las probatorias, como si se trata de normas sustantivas.

La Sentencia 59/2008, de 14 de mayo del Tribunal Constitucional - al tratar la cuestión de inconstitucionalidad planteada con ocasión de los tipos penales que introdujo la LO 1/2004- ha declarado que la ley atiende al “carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad”. Quiere sancionar más unas agresiones que entiende "que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien, de un modo constitucionalmente intolerable, ostenta una posición subordinada».

B.2-Ley Orgánica 3/2007 de 22 marzo y artículo 14 de la Constitución Española

El artículo 4 de la LO 3/2007 de 22 de marzo de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, cuya rúbrica es “integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas”, **supone la concreción del principio y del derecho fundamental a la igualdad efectiva:**

“La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

La interpretación social del Derecho con perspectiva de género exige la contextualización y la actuación conforme al principio pro persona, que se configura en este ámbito como un criterio hermenéutico que obliga a los órganos jurisdiccionales a adoptar interpretaciones jurídicas que garanticen la mayor protección de los derechos humanos, en especial los de las víctimas. Los estereotipos de género son la base de la discriminación contra las mujeres. Su presencia en los sistemas de justicia tiene consecuencias perjudiciales para los derechos de las mujeres, particularmente para las víctimas y supervivientes de diferentes formas de violencia, pudiendo impedir el acceso a una tutela judicial efectiva. Los estereotipos de género han de ser erradicados en la interpretación y aplicación judicial.

El principio de integración de la dimensión de género en la actividad jurídica vincula a todos los Poderes del Estado. Tal afirmación se encadena, por lo que respecta a la actividad jurisdiccional, con la existencia de un amplio derecho antidiscriminatorio, con amparo constitucional en el art. 14 de la CE, que debe desplegarse en tres fases judiciales concretas (tramitación del proceso, valoración de las pruebas y aplicación de la norma sustantiva). Por tanto debe integrarse en la valoración de la prueba el principio de igualdad –distribución de la carga de la prueba de la discriminación, relevancia de la declaración de la víctima-.

B.3)- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujeres (CEDAW)

La CEDAW es uno de los tratados internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas más operativo en la conquista de la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, también llamado “la carta internacional de los derechos humanos de las mujeres”. Fue aprobada por la Asamblea General en 1979 y entró en vigor en 1981, siendo ratificada por España en 1984. La propia Convención creó “el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la mujer” que examina los progresos realizados por los diferentes Estados Parte en la aplicación de la Convención, debiéndose destacar aquí el Dictámen nº47/2012 del citado Comité, dirigido al estado español.

La recomendación nº25 del Comité CEDAW, pone de relieve lo siguiente:

“El género se define como los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos. Es un producto ideológico y cultural aunque también se reproduce en el ámbito de las prácticas físicas; a su vez, influye en los resultados de tales prácticas. Afecta a la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, la adopción de decisiones y el poder político, y el disfrute de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. Pese a las variantes que existen según las culturas y la época, las relaciones de género en todo el mundo entrañan una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda. Así pues, el género produce estratos sociales y, en ese sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnicidad, la sexualidad y la edad. Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad de las personas según su género y la estructura desigual del poder vinculada a la relación entre los sexos”.

La propia Exposición de Motivos de la LO 1/2004 hace expresa referencia a la CEDAW.

B.5)- El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y violencia doméstica (Convenio de Estambul), abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011

y vigente en España desde el 1 de agosto de 2014, vincula la violencia contra la mujer con la desigualdad y discriminación que sufre, y dispone que los Estados:

“adoptaran las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para promover y proteger el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el ámbito privado”.

B.6)- Impartición de Justicia y valoración de la prueba con perspectiva de género .

Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva la impartición de justicia con base en una perspectiva de género. Debe priorizarse el reconocimiento de derechos sustantivos de carácter constitucional frente a consideraciones principialistas e integrar el valor de igualdad de los sexos en la aplicación de una norma que, debiendo considerarlo, no ha considerado ese valor, evitando determinados efectos perversos.

C)-RESOLUCIÓN DEL RECURSO.

Esta Sala ha tenido la ocasión de pronunciarse en sus sentencias de 22/6/15 (recurso 339/2015), 26/5/15 (recurso 294/2015), 27/3/15 (recurso 1291/14) 31/3/16 (Recurso 59/2016), de 26/5/16; 22/7/15 (recurso 339/2015) y 25/2/16 (recurso 154/2016); sobre esta materia.

En el caso que nos ocupa, la actora se separó del causante en el año 1.995 y su divorcio se produjo en 1.999, es decir, mucho antes de la entrada en vigor de la LO 1/2004, y por tanto mucho antes de iniciarse un abordaje integral de lucha desde todos los poderes públicos frente a la violencia de género, y mucho antes de iniciarse la sensibilización social de que la violencia de género no es un problema “doméstico” o privado, sino una lacra social pública que afecta a la seguridad pública tal y como recoge la reciente Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala Contencioso administrativo) nº 3.200 de 19 de diciembre de 2016. La Violencia de género nos afecta a todos y todas y ello debe ser tenido muy presente en el análisis e impartición de justicia en el caso que nos ocupa.

De acuerdo con lo contenido en los hechos probados y fundamentación jurídica de la sentencia, los elementos a valorar y que han resultado probados, para poder calificar jurídicamente a la actora de víctima de violencia de género, son los que se detallan a continuación:

-Según el hecho probado noveno, **la jefa del negociado del servicio de atención e información a la mujer del Instituto Canario de la Mujer certificó el 13/11/1994** que la actora fue atendida en el centro en “muchas ocasiones” por motivo de la incesante situación de violencia sufrida, junto a sus dos hijas menores, en su matrimonio, producida por el causante.

En certificado de **19 de septiembre de 1.997** se reproduce un certificado similar al anterior por la misma jefa en el que literalmente se recoge que la actora:

“... ha venido siendo atendida en este Centro de Información de los derechos de la mujer por motivo de la violencia recibida de su esposo, Nicolás Martín Alonso, y que debido a las diversas denuncias interpuestas desde junio de 1.995, sin que haya cesado tal situación, ha sido derivada a la oficina de Atención a las Víctimas del delito de esta capital, a fin de que se le prestase el debido apoyo y asistencia judicial ante los juzgados que corresponda.”

-**La actora había presentado con anterioridad a la separación y también con posterioridad, múltiples denuncias** en la Comisaría Central del Cuerpo Nacional de Policía, tanto por incumplimiento de las medidas acordadas en el procedimiento de divorcio, como por amenazas, lesiones e insultos proferidos por el causante (Fundamento de derecho cuarto).

De acuerdo con los documentos 152, 154, 156, 157, 158,159,163 y 165 que obran en autos, pueden contabilizarse un total de 7 denuncias presentadas ante la Dirección general de la Policía (Comisaría de Las Palmas), entre el 11 de noviembre de 1.995 y el 2 de enero de 1.999. Y una denuncia presentada ante el Juzgado de Instrucción nº4 de Las Palmas en fecha 5 de agosto de 1.997.

-**Denuncia de 11 de noviembre de 1.995:** Denuncia la demandante que fue insultada por el causante (“puta.. te acostaste con el abogado”), ante las dos hijas de 9 y 13 años, cuando por motivo del régimen de visitas acordado fue a recoger a las menores a la vivienda de la actora.

-**Denuncia de 18 de diciembre de 1.995:** Denuncia al causante por amenazar de muerte a la actora tras una cita judicial y que la insulta cuando tiene ocasión.

-**Denuncia de 8 de marzo de 1.996:** La demandante denuncia al causante por agredirla físicamente en presencia de sus hijas de 9 y 13 años, en el momento en el que fue a recoger a las niñas al domicilio del

causante.

-Denuncia de 15 de mayo de 1996: la demandante denuncia que el causante la persigue en moto y que manifiesta a las hijas comunes que amargaré la vida de la actora, entre otras amenazas.

-Denuncia de 28 de abril de 1.997: La actora denuncia que recibió llamada telefónica del causante amenazándola con frases como: “ Yo voy a gusto a la cárcel pero tú terminas como tu tía Blanca ... que vivía en Lanzarote y fue asesinada hace unos años”. Y en un mensaje del contestador automático le dijo “A partir de mañana nos vamos a ver todos los días, para que lo tengas en cuenta”.

-Denuncia de 5 de agosto de 1.997: (juzgado de instrucción nº 4 de las Palmas), por incumplimiento del abono de la pensión de manutención por las hijas e incumplimiento del régimen de visitas.

-Denuncia de 12 de junio de 1.998: La actora denuncia el impago del “auxilio económico” para el sustento y manutención de los hijas de 11 y 16 años acordado en la sentencia de separación a cargo del causante, y señala que se incumple de forma habitual llegando a demorarse hasta 6 meses en el pago.

-Denuncia de 2 de enero de 1.999: Se denuncia que recibe llamadas telefónicas del causante diciéndole que le entregue a las hijas comunes de 12 y 16 años. También que llama a la puerta de su casa y luego desaparece. Que al salir a comprar fue seguida por el causante que la insultó a voces en la calle con frases como sinvergüenza y similares así como recriminaciones.

-La denuncia registrada con el nº 11324 (11/11/95) se remitió al juzgado de Instrucción nº5 de Las Palmas y este mediante auto de fecha 13 de noviembre de 1995 acordó el archivo del procedimiento incoado como diligencias Previas . (Fundamento de derecho cuarto). En la parte dispositiva del Auto se recoge literalmente lo siguiente (folio nº155): “Declaro FALTA el hecho que motivó la incoación de estas diligencias previas y declaro el archivo de las mismas, por lo ya razonado”. 10Entre los razonamientos jurídicos literalmente se recoge : “ de lo ya actuado en las presentes actuaciones se desprende que los hechos señalados no son constitutivos de delito , aunque sí pudieran serlo de falta...”

-El juzgado de Instrucción nº 3 de las Palmas acordó el sobreseimiento provisional por no aparecer debidamente justificada la perpetración del delito que había dado lugar a la formación de la causa (diligencias previas), mediante auto de fecha 16 de mayo de 1.996 (Fundamento de derecho cuarto)

-El Juzgado de Instrucción nº 4 de Las Palmas absolvió al causante, por no existir prueba de carácter incontrovertible y carencia de datos objetivos, adquiriendo firmeza el 17/11/97 (Fundamento de derecho cuarto).

La magistrada de la instancia, en su valoración de los anteriores hechos probados, (pues así deben entenderse también los datos sobre denuncias presentadas por la actora a pesar de ubicarse en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida), llega a la convicción de que no queda probada la situación de violencia de género alegada por la actora sustancialmente por tres razones:

-La primera, y por lo que respecta a los informes de 1.994 y 1.997 del ICM, por la falta de ratificación en el acto del juicio por parte de la responsable que los suscribe.

-La segunda, y en relación a las denuncias, porque no hubo condena judicial en ninguno de los casos denunciados.

-Y como tercer elemento, se añade que pudieron acudir al juicio como testigos, las dos hijas de la pareja, a las que refiere la actora en una buena parte de las denuncias como testigos presenciales de los episodios de violencia denunciados (siendo menores de edad).

El criterio de esta Sala en la valoración de los hechos probados anteriormente referidos, es radicalmente diferente, a tenor de la aplicación al caso concreto de los criterios expuestos anteriormente y la normativa referida y sobre todo, por aplicación de la más reciente Doctrina contenida en la jurisprudencia del **Tribunal Supremo a través de la Sentencia de 20 de enero de 2016 (Recurso 3106/2014)**, que hace una interpretación flexible de los medios de prueba para llegar a la convicción de que estamos ante una situación de violencia de género. De este modo, mediante la valoración de los indicios existentes, analizados con perspectiva de género, el Alto Tribunal llega a una conclusión diversa a la de la resolución recurrida en casación, en cuya fundamentación, y en supuesto parecido al que ahora nos ocupa, se recoge lo siguiente:

“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 (...)

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 LGSS a 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. 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 (...). 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.

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". (...) 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. (...)

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 10 indicios de aquélla. Tampoco las sentencias dictadas sirven para el efecto contrario (descartar lo manifestado por la demandante). (...)

Coetaneidad. La LGSS exige que la violencia de género concorra en el momento de la separación. (...)"

En el caso que nos ocupa, se reúnen los tres elementos exigidos legal y jurisprudencialmente para que podamos calificar a la actora de víctima de violencia de género a los efectos de la pensión controvertida. Ello es así si se integra la perspectiva de género en la valoración de la prueba aportada por la parte actora.

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

Esta Sala entiende que los certificados de 1.994 y 1.997 de la jefa del negociado del servicio de atención e información a la mujer del ICM, que no han sido impugnados de contrario, en los que se hace referencia a " *la atención de la actora en muchas ocasiones Debido a la violencia incesante recibida de su esposo...*", son un indicio sustancial en la probanza de la situación de violencia continuada que padecía la víctima, hace más de 22 años. Debe también destacarse que se trata de certificados expedidos por quien tenía competencia para hacerlo en nombre de una Entidad administrativa, que por ello debe merecer una consideración diferente a la que tendría un documento suscrito por un particular. Y a ello debe añadirse, la dificultad evidente de traer a juicio para su ratificación, a quien los suscribió hace más de 22 años. Por ello, esta Sala entiende que los certificados debe ser valorados como indicios válidos de la situación de violencia de género de la actora, sin necesidad de condicionarlo a su ratificación judicial, dentro del especial contexto discriminatoria ya aludido y aplicando la perspectiva de género en la impartición de justicia (valoración elementos probatorios). Esta innecesaria ratificación de Informes, no es tampoco extraña en el proceso laboral, pues el artículo 93 de la LRJS, en relación a la prueba pericial

exime de ratificación judicial a los informes contenidos en la documentación administrativa, cuya aportación sea preceptiva, según la modalidad de que se trate. En el presente caso, no se trata de un procedimiento¹³ de seguridad social ni tampoco de un informe médico, pero sí es un documento administrativo, pues quien lo suscribe lo hace en nombre del antiguo Instituto canario de la Mujer (actualmente Instituto Canario de Igualdad), dependiente del Gobierno de Canarias que vela por la protección física y psicológica (salud) de las víctimas de violencia de género. La actora no acudió al Servicio Canario de Salud a solicitar ayuda sino al ICM, como entidad de protección de la salud moral de las víctimas de violencia de género. Además el ICM es un órgano con competencia en la asistencia a las víctimas de violencia de género, por lo que con mayor motivo, debe ser tenido en cuenta como indicios inequívocos de la situación de violencia que padecía la actora, ello unido a la ausencia de impugnación del citado documento.

A lo anterior debe añadirse el conjunto de denuncias a las que refiere la fundamentación jurídica de la sentencia, y que ya se han referido específicamente (7 denuncias ante la comisaría y 3 actuaciones judiciales), que a criterio de esta Sala son también indicios solventes de la situación de violencia padecida por la actora antes y después de su separación.

En la realidad social de 1995, cuando se planteó la primera denuncia por maltrato, las manifestaciones de la demandante constituían un importante indicio de que estaba siendo violentada por su esposo, lo que en este caso se ve reforzado por otros datos como el auto de fecha 13 de noviembre de 1995 que aunque acordó el archivo del procedimiento incoado como diligencias Previas, en su fallo declaró “Falta” el hecho que motivó la incoación de las diligencias previas. Tales hechos, en el contexto social del año 1.995, constitutivos de falta son compatibles con la violencia de género que ahora se reivindica.

El panorama de denuncias escalonadas interpuestas por la actora entre 1.995 y 1.999 (antes y después de la separación), no puede quedar neutralizado por la inexistencia de sentencia de condena, pues tal y como ha declarado el Tribunal Supremo en la sentencia referida, debe hacerse un análisis no restrictivo o mecánico, sino contextual y sobre todo debe tenerse en cuenta las especiales dificultades de la víctimas de violencia a la hora de denunciar y probar su situación, dificultades que se multiplicaban mucho antes de la entrada en vigor de la LO 1/2004. Por todo ello, entendemos que a tenor de lo expuesto en el presente caso ha quedado probada, de acuerdo con los indicios referidos la situación de violencia de género padecida por la actora.

La ausencia de las hijas del causante en el acto del juicio en calidad de testigos no supone un obstáculo para llegar a la anterior conclusión, pues presenciar episodios de violencia física y psicológica a tempranas edades en el entorno doméstico, puede tener graves efectos y muy diversos en las personas, dependiendo de su fortaleza. Por ello, no puede ser objeto de convicción (en negativo), la ausencia de la testifical de las hijas, máxime si como todo apunta fueron también víctimas de la violencia descrita, pues la madre las refiere como testigos presenciales en varias de las denuncias presentadas ante los Cuerpos y Fuerzas de seguridad.

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

Este hecho es consustancial a lo anterior y no se ha¹⁴ cuestionado. Por tanto, también ha resultado probado

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

También ha quedado probado el elemento cronológico, pues el certificado de la responsable del servicio de atención a la mujer del ICM es del año 1.994, la separación de la actora se produjo en 1.995 y su divorcio en 1999. Además las denuncias presentadas por la actora y referidas en la sentencia se

producen entre 1995 y 1997.

En base a lo expuesto anteriormente, procede estimar el recurso planteado por la actora estimando la infracción denunciada.

TERCERO.- Por lo que respecta a la base reguladora y porcentaje, quedan éstos fijados en el hecho probado décimo de la sentencia recurrida, sin que se hayan cuestionado por la recurrente (BR: 1.644'14 euros y porcentaje: 52%), así como un porcentaje de prorrata ascendente al 59'79 %, con efectos del 23 de julio de 2014.

CUARTO.- No procede la imposición de costas, en virtud de lo previsto en el art. 235 de la LRJS

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a. XXXXXXXXXXXXX contra la Sentencia nº 19/16 de 29 de enero de 2106 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria, que revocamos y, en su lugar: ESTIMAMOS la demanda interpuesta por la misma frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, reconociendo su derecho a percibir la pensión de viudedad, con una base reguladora de 1644'14 euros, porcentaje de la pensión del 52 %, y porcentaje de prorrata del 59'79 %, con efectos del 23 de julio de 2014, con las mejoras y revalorizaciones que procedan conforme a derecho. Sin costas.

Notifíquese la Sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 €15 previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/1027/16 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

XXXXXXXXXX

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la

Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

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