



Roj: **STSJ M 13478/2019 - ECLI: ES:TSJM:2019:13478**

Id Cendoj: **28079340062019100975**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/11/2019**

Nº de Recurso: **580/2019**

Nº de Resolución: **982/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MIGUEL MOREIRAS CABALLERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34002650

NIG: 28.079.00.4-2018/0057572

ROLLO Nº: RSU 580/2019

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION

MATERIA: VIUDEDAD/ORFANDAD A FAMILIARES

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 31 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 1155/18

RECURRENTE: D. Fulgencio

RECURRIDOS: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En Madrid, a dieciocho de noviembre de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON LUIS LACAMBRA MORERA, PRESIDENTE**, **DON BENEDICTO CEA AYALA** Y **D. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO**, Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 982

En el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. ALONSO JOSÉ MORGADO MIRANDA en nombre y representación de D. Fulgencio, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de los de MADRID, de fecha **VEINTIUNO DE FEBRERO DE DOS MIL DIECINUEVE**, ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO**.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Que según consta en los autos nº1155/18 del Juzgado de lo Social nº 31 de los de Madrid, se presentó demanda por D. Fulgencio contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación de VIUDEDAD/ORFANDAD A FAMILIARES , y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **VEINTIUNO DE FEBRERO DE DOS MIL DIECINUEVE** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por Dº Fulgencio frente al I.N.S.S. Y T.G.S.S. debo **ABSOLVER Y ABSUELVO** a la parte demandada de todos los pedimentos de la misma".*

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"1)- Dº Fulgencio , con D.N.I. nº NUM000 , contrajo matrimonio civil con Dº Jorge en fecha 3-3-07.

2)-En el informe de vida laboral del actor consta que no trabajó por cuenta ajena durante el periodo de 22-3-96 al 31-12-10, estando actualmente prestando servicios desde el 1-7-18.

3)-El matrimonio fue contraído con el régimen económico de gananciales, si bien en fecha 19-11-13 otorgaron capitulaciones matrimoniales para adquirir el régimen de separación de bienes.

4)-El actor interpuso denuncia de malos tratos contra su marido, incoándose Diligencias Previas 2623/14 en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Torrelaguna , el cual dictó una orden de protección por auto de 4-10-14 con las correspondientes medidas de alejamiento e incomunicación del denunciado.

5)-En fecha 20-11-14 el actor interpone demanda de divorcio, habiéndose dictado sentencia de divorcio en fecha 11-5-15 por el juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Guadalajara , sin que se fijara pensión compensatoria alguna a favor del actor.

6)- Dº Jorge falleció el 6-11-17 por muerte natural.

7)-El actor figura de alta en el padrón del Ayuntamiento de Guadalajara en el domicilio de AVENIDA000 NUM001 desde el 15-9-11 hasta el 6-4-15.

*8)-En fecha13-2-18 solicitó la pensión de viudedad con motivo del fallecimiento de su ex- marido, la cual le fue denegada por el I.N.S.S. por resolución de fecha 5-3-18 al entender que no ser perceptor de la pensión compensatoria, ni haberse producido el divorcio antes del 1-1-08 (DT 13ª LGSS), además de que no se reconoce la pensión en supuestos de **violencia de género** cuando el matrimonio es del mismo sexo.*

9)-Para el caso de estimar la pretensión la base reguladora sería de 726,04 euros y efectos desde el 13-2-18.

10)-Interpuesta la vía previa fue desestimada en fecha 25-9-18".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala. Habiéndose señalado para votación y fallo el día 13 de noviembre de 2.019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social nº 31 de esta ciudad en autos nº 1155/2017, ha interpuesto recurso de suplicación el letrado del demandante al amparo de lo dispuesto en el artículo 193, c) de la LRJS, alegando como único motivo de recurrir la infracción de las siguientes normas legales: "- Artículo 220.1 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social: "En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, concurriendo los requisitos en cada caso exigidos en el artículo 219, 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 artículo 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 esta quedará extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última.

En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de **violencia de género** en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a favor o informe del



Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de **violencia de género**, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho".

- Artículo 14 de la Constitución Española de 1978: "Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

- Artículo 4.1 del Código Civil, publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889: "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específicos, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón".

SEGUNDO.- Al no haberse impugnado ninguno de los hechos declarados probados en la sentencia del juzgado ya son firmes y a los mismos nos debemos remitir a modo de supuesto de hecho para la aplicación de las normas legales sustantivas. De los referidos hechos hay que destacar, por su trascendencia para la relación de este litigio, los siguientes:

a) El demandante contrajo matrimonio civil con D. Jorge el día 3.03.2007, con el régimen económico de ganancial, hasta el 19.11.2013 que otorgaron capitulaciones para adquirir el régimen de repartición de bienes. Esto último no afecta a la pensión de viudedad, dado el haber contraído matrimonio civil.

b) Por el juzgado de instrucción nº 2 de Torrelaguna se dictó AUTO acordando la orden de protección del demandante a causa de los malos tratos que le inflingía su cónyuge en fecha 4.10.2004.

c) Por el juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Guadalajara se dictó sentencia de divorcio sin que se fijara pensión compensatoria alguna a favor del actor con cargo a D. Jorge que falleció el 6-11-2017 por muerte natural.

De los anteriores hechos se llega a la conclusión de que la norma general y ordinaria de estar percibiendo del excónyuge supérstite pensión compensatoria tras el divorcio por parte del fallecido que podría causarle el derecho a percibir la pensión de viudedad que vendría a sustituir la aportación económica de la prestación compensatoria que se extinguió con el fallecimiento, no concurre en este caso. Y la excepción de haberle reconocido el supérstite el derecho a la protección por los malos tratos infligidos por el fallecido sólo es aplicable en el supuesto de **violencia de género** que exige que la víctima sea una mujer. Como toda excepción debe ser interpretada restrictivamente y no cabe extenderla al supuesto de que el maltratado, la víctima de la **violencia de género**, sea un hombre. Lo que, a la vista de la literalidad del artículo 97 del Código Civil en relación con el art. 220.1 de la LGSS, que sólo reconoce el derecho a percibir la pensión de viudedad a las mujeres que aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria derivada del divorcio pudieran acreditar que eran, o habían sido, víctimas de **violencia de género** en el manual del divorcio: esta excepción no puede aplicarse por analogía al actor y, en consecuencia, no procede estimar su recurso.

TERCERO.- No procede la imposición de costas, dado que el art. 235.1 LRJS sólo revé esta medida respecto a la parte recurrente que resulte vencida y no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

CUARTO.- Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina (art. 218 LRJS).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el letrado de la demandante contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social nº 31 de esta ciudad en autos nº 1155/2017, debemos mantener y mantenemos confirmándola íntegramente la resolución impugnada al no concurrir la condición de ser del sexo femenino del actor. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará 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 arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **580/2019** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir



todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 52-19), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S.).

Si el recurrente fuese Entidad Gestora hubiere sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al preparar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Si la condena consistiere en constituir el capital coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de ésta habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por esta su importe, lo que se comunicará por esta Sala.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

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