



Roj: **STSJ ICAN 110/2020 - ECLI: ES:TSJICAN:2020:110**

Id Cendoj: **35016340062020100001**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **6**

Fecha: **13/03/2020**

Nº de Recurso: **1400/2019**

Nº de Resolución: **381/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **GLORIA POYATOS MATAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: MAR

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº6 Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Seguridad Social en materia prestacional Nº proc. origen: 0000148/2019-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria

Rollo: Recursos de Suplicación Nº Rollo: 0001400/2019

NIG: 3501644420190001450

Materia: Impugnación de resolución Resolución: Sentencia 000381/2020

Recurrente: Adelina

Abogado: JUAN CARLOS GONZALEZ DIAZ

Recurrido INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Recurrido TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SERVICIO JURÍDICO SEGURIDAD SOCIAL LP

SERVICIO JURÍDICO SEGURIDAD SOCIAL LP

En Las Palmas de Gran Canaria, a 13 de marzo de 2020.

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. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y Dña. GLORIA POYATOS MATAS, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0001400/2019, interpuesto por Dña. Adelina , frente a la **Sentencia** 000330/2019 del Juzgado de lo Social Nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria dictada en los Autos Nº 0000148/2019 -00 en reclamación de Impugnación de resolución siendo Ponente el ILTMA. SRA. Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D^a Adelina , en reclamación de impugnación de resolución siendo demandados el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y tras celebrarse el acto del juicio se dictó Sentencia desestimatoria el día 3 de octubre de 2019 por el Juzgado de referencia.

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

" PRIMERO.- Que la actora, nacida el NUM000 de 1968, es hija de Dña. Carla , pensionista del Sistema de Seguridad Social desde el 1 de abril de 1984, habiendo fallecido el 27 de marzo de 2018. La actora solicitó el 25 de mayo de 2018 prestación en favor de familiares, que le fue denegada mediante resolución del INSS de fecha de registro de salida de 15 de octubre de 2018, "por no haber convivido con el causante y a su cargo, según lo dispuesto en el artículo 226.2.a) de la Ley General de la Seguridad Social , aprobada or Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (BOE 31/10/15)".

SEGUNDO.- La actora interpuso reclamación administrativa previa el 5 de diciembre de 2018, la cual fue denegada por resolución de fecha de registro de salida de 20 de diciembre de 2018. En la misma se decía como argumento para denegar la prestación lo siguiente: "Por no reunir el requisito de convivencia con el causante y a su cargo. Usted alega que vive en la misma casa que la causante, pero en la certificación de inscripción padronal y residencia histórica individual que aporta, su domicilio es DIRECCION000 número NUM001 y su madre en DIRECCION000 nº NUM002 . Por esta razón, domicilios diferentes, usted no reúne el requisito de convivencia con el causante y/a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento (...)"

TERCERO.- Que la actora se encontraba empadronada, junto con su hijo de 19 años de edad, en la calle DIRECCION000 nº NUM001 desde 1996, figurando con anterioridad desde 1990 a 1996 en la calle DIRECCION000 nº NUM002 y, desde 1975 a 1990, en la calle DIRECCION000 nº NUM003, sin especificar piso. La madre de la actora figuraba empadronada en la calle DIRECCION000 nº NUM002 desde 1996.

CUARTO.- Que según consta en la sentencia de divorcio del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria, de 7 de octubre de 1998, la actora era propietaria en 1998 de un inmueble sito en la calle DIRECCION000 nº NUM003 ."

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice:

"Que desestimando la demanda promovida por Dña. Adelina frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, debo absolver a la entidad demandada de las pretensiones deducidas en la demanda."

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por D^a . Adelina y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo pasando al Ponente y señalándose para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante, D^a Adelina interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 330/2019 dictada el día 3 de octubre de 2019 por el Juzgado de lo Social nº 5 en los autos nº 148/2019.

La sentencia recurrida desestima la demanda planteada por la actora que solicitaba prestación a favor de familiares tras el fallecimiento de su madre pensionista, por no haber convivido con la causante.

El recurso ha sido impugnado por el Instituto Nacional de la seguridad Social (INSS). La recurrente presentó también escrito de alegaciones a la impugnación de su recurso efectuado por la Entidad Gestora.

SEGUNDO.- Como primer y segundo motivo del recurso, al amparo del **art .193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS)**, la recurrente solicita la revisión de los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. Específicamente solicita la modificación de los hechos probados segundo, tercero y cuarto, aunque también se pretende la modificación del fundamento jurídico único de la sentencia.

La recurrente no propone redactado alternativo alguno, pero subraya que la actora sí ha convivido con su madre pensionista y que contrariamente a lo que se recoge en el hecho probado cuarto, el inmueble sito en la calle DIRECCION000 , NUM003 (Las Palmas) no es propiedad de la actora.

La impugnante se opuso mediante un único motivo genérico, poniendo de relieve el defecto formal de la actora su propuesta de revisión fáctica al no hacer propuesta alternativa a los hechos probados que pretende cambiar. En cualquier caso, se añade, debe estarse a los datos de empadronamiento que constan y se pone de relieve

que las declaraciones testificales efectuadas por la amiga y hermana de la actora no pueden calificarse de objetivas.

En el **escrito de alegaciones** al de impugnación del recurso, efectuado por la parte recurrente se mostró oposición con remisión a lo manifestado en el escrito de demanda, destacando que los testigos propuestos por la parte actora, fueron las personas que tenían conocimiento directo de los hechos que se pretendían probar, esto es la relación de la actora con su madre, el tiempo que convivió con ella en vida y los cuidados que le brindó.

Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias:

a)-que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;

b)-que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho, la «prueba negativa», consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente (STS 14 de enero, 23 de octubre y 10 de noviembre de 1986) y STS, 17 de noviembre de 1990) «... sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador...»;

c)-que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;

e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o periciales que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y,

f) que en modo alguno ha de tratarse de la nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa debemos concluir con la desestimación de las revisiones fácticas a las que se refiere en el primer y segundo motivos del recurso, al no hacerse propuesta alternativa de revisión, pues ello contraviene los requisitos establecidos en el art. 193 b) en relación con el art. 196.3 de la LRJS.

TERCERO.- En el motivo tercero y cuarto del recurso, se cuestiona la fundamentación jurídica de la sentencia que lleva a la magistrada de la instancia a la convicción de que no se ha probado en el caso que nos ocupa el requisito de la convivencia exigido en el art. 226 LGSS para que la actora pueda tener acceso a la prestación reclamada.

La recurrente no señala formalmente la infracción de normas sustantivas, ni tampoco que estos motivos se plantean, **con amparo en el art. 193 c) de la LRJS** pero resulta implícito de la literalidad de estos dos motivos que lo que se cuestiona es **la infracción del art. 226.2 LGSS**, al entender la recurrente que contrariamente a lo que entendió la magistrada de la instancia, la actora sí convivía con su madre pensionista, hasta que ésta falleció.

En primer lugar y en relación a estos dos motivos, por lo que respecta a los defectos formales sin trascendencia o que se subsanan a través del desarrollo del propio motivo del recurso, debe darse prevalencia al principio "*pro actione*".

Ello es así porque no hacerlo puede comprometer la vulneración de un derecho fundamental (art. 24 CE y acceso a la justicia), debiéndose evitar en estos casos una interpretación excesivamente rigorista. Así lo ha venido diciendo con nitidez **el Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia nº112/1997 de 3 de junio de 1.997**, en cuya fundamentación jurídica se recoge:

"Constituye un criterio reiteradamente mantenido por la jurisprudencia constitucional el de que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface también con una respuesta de inadmisión, si bien ésta ha de estar fundada en una causa legal apreciada razonablemente por el órgano judicial. Doctrina con la que este Tribunal ha controlado especialmente las respuestas de inadmisión que determinan el cierre del acceso al proceso (SSTC 87/1986, 118/1987, 216/1987, 154/1992, 55/1995), ya que la tutela judicial efectiva conlleva, como primera y esencial característica, el derecho de libre acceso de los ciudadanos a los Juzgados y Tribunales (SSTC

13/1981 , 26/1983 , 115/1984). El principio "pro actione" opera en este caso sobre los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso, impidiendo que determinadas aplicaciones o interpretaciones relativas a ellos eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida.

Este especial rigor en el momento de valorar, desde la perspectiva constitucional, las decisiones judiciales que imposibilitan el conocimiento procesal de la cuestión de fondo ha sido aplicado, específicamente, en relación a algunas irregularidades formales de las demandas, que determinaron, en su día, su archivo. Supuestos éstos sobre los que, además, se proyecta otro consolidado criterio mantenido por este Tribunal que, con carácter general, ha rechazado que los requisitos formales tengan sustantividad propia y resaltado que constituyen medios orientados a conseguir ciertas finalidades en el proceso, de modo que sus eventuales anomalías no pueden ser convertidas sin más en meros obstáculos formales impeditivos de la continuación de aquél, sino que resulta obligada una interpretación de tales defectos guiada por un criterio de proporcionalidad entre la finalidad que cumple la exigencia formal y la entidad real del defecto observado en ella, atendiendo a las consecuencias que se siguen para la efectividad del derecho a la tutela judicial (entre la reiterada jurisprudencia constitucional, SSTC 17/1985 , 29/1985 , 110/1985 , 49/1987 , 174/1988 , 2/1989 , 240/1991)..(...)"

A)- CUESTIÓN LITIGIOSA

En el caso que nos ocupa se reclama por la actora el acceso a las prestaciones en favor de familiares que se regulan en el art. 226 de la LRJS, dentro del capítulo XIV correspondiente a las prestaciones por muerte y supervivencia.

Por parte del INSS se denegó a la demandante el derecho al cobro de estas prestaciones en base al art. 226.2 a) de la LGSS, **"por no haber convivido con el causante y a su cargo"** (Hecho probado primero-HP1º). La sentencia de la instancia desestimó la demanda planteada por la actora reiterando el criterio del INSS, en base a que la actora, aún viviendo en la misma calle y número de edificio que su madre y causante, no obstante, lo hacía en el piso NUM001 mientras que su madre vivía en el 1º. Por ello, tal y como literalmente se recoge en el fundamento de derecho único de la sentencia:

" No puede deducirse de estos hechos que la actora viviera por cuenta de su madre y conviviera con ella por más que habitara en el piso de arriba y le prestase atención y cuidados en el piso de abajo, lo que nadie discute . No se ha realizado prueba alguna que explique que las viviendas en realidad eran una sola, argumento que no ha sido utilizado en el acto del juicio, por más que figurase en la demanda. Por lo tanto no se acredita convivencia en el mismo domicilio, sino solo cercanía, por lo que ha de desestimarse la demanda (...)"

B)- HECHOS PROBADOS RELEVANTES

Del inalterado relato fáctico de hechos probado deben destacarse los siguientes hechos:

1º-La actora nacida el NUM000 /68 es hija de Dª Carla , pensionista del Sistema de Seguridad Social desde 1984, habiendo **fallecido el 27 de marzo de 2018**.

2º-La Entidad Gestora demandada denegó a la actora el acceso a las prestaciones a favor de familiares, tras el fallecimiento de su madre y también desestimó la reclamación previa de la actora en resolución de 20 de diciembre de 2018:

" por no reunir el requisito de convivencia con el causante y a su cargo. Usted alega que vive en la misma casa que la causante pero en la certificación de inscripción padronal y residencia histórica individual que aporta, su domicilio es DIRECCION000 , NUM001 y su madre en DIRECCION000 NUM002 . Por esta razón, domicilios diferentes, usted no reúne el requisito de convivencia con el causante y a sus expensas , al menos con dos años de antelación al fallecimiento."

3º- **La actora** figura empadronada, junto a su hijo de 19 años de edad, en la calle **DIRECCION000 , NUM001** , desde el año 1996.

Entre 1990 y 1996 figuraba empadronada en la calle DIRECCION000 , NUM002 y desde 1975 a 1990, en la calle DIRECCION000 , NUM003 , sin especificarse piso.

4º- **La causante** figuraba empadronada en la calle DIRECCION000 , NUM002 desde 1996.

5º-La actora está divorciada.

C)-RESOLUCIÓN DEL RECURSO

C.1- Prestación a favor de familiares. Impacto de género

La controversia jurídica que nos ocupa gira en torno al acceso de las denominadas prestaciones a favor de familiares, que a tenor de los datos estadísticos del INSS (accesibles a través de la aplicación eSTADISS desde la página web: www.seg-social.es), es percibida mayoritariamente por las mujeres, en lógica correspondencia con el trabajo de los cuidados, que también recae mayoritariamente sobre ellas. De este modo y según los datos aportados por el INSS, a fecha 1 de diciembre de 2018, el número total de personas perceptoras de prestaciones a favor de familiares era de 42.281, de las que 29.360 eran mujeres, a fecha 1 de diciembre de 2019, el total ascendía a 43.156, de las que 29.596 eran mujeres. **Ello se traduce en una abrumadora mayoría femenina que en porcentajes son el 69'44% en 2018 y el 68'57% en diciembre de 2019.**

Los datos expuestos nos revelan el impacto de género que tienen las prestaciones que se abordan y el lento avance hacia la igualdad (real), lo que exige necesariamente extremar las cautelas judiciales en el abordaje de la controversia jurídica que debe enfocarse de forma contextualizada para evitar interpretaciones o impactos jurídicos que conlleven exclusiones, restricciones o distinciones dañinas, para los derechos humanos de las mujeres, tal y como decíamos en nuestra sentencia de fecha 2 de julio de 2019 (Rec. 369/2019), entre otras.

En esta línea la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2020 dictada en Sala General (Recud. 3097/2017)**, sobre acceso a prestaciones en favor de familiares derivadas de causante pensionista SOVI, recuerda la importancia de los datos estadísticos como elemento objetivo para la detección de discriminaciones indirectas por razón de sexo:

" Sabido es que la doctrina del TJUE ha consagrado el criterio de que la discriminación indirecta pueda ser demostrado por cualquier medio, incluidos los datos estadísticos, siempre que éstos no se refieran a fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y, además, de manera general, resulten significativos (STJUE de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C-167/97 ; y, más recientemente, STJUE de 8 mayo 2019, Villar Laíz, C-161/18 ; y 3 octubre 2019, Schuch- Ghannadan, C-274/18 ; y ATJUE de 15 octubre 2019, AEAT C- 439/18 y C-472/18 ; entre otras). Tal criterio es perfectamente coincidente con el que sostiene el Tribunal Constitucional que ha indicado que para abordar el análisis de la discriminación indirecta hay que ir "necesariamente a los datos revelados por la estadística" (STC 128/1987, 253/2004 y 91/2019). Por ello, la interpretación estricta y literal del precepto aquí aplicable puede generar un impacto de género, una discriminación indirecta, al desplegar efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino (...)"

C.2-Normativa de aplicación

-Las prestaciones a favor de familiares tienen su regulación en **el art. 226 del 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 (LGSS), que literalmente se establece lo siguiente:

" 1. En las normas de desarrollo de esta ley se determinarán aquellos otros familiares o asimilados que, reuniendo las condiciones que para cada uno de ellos se establezcan y previa prueba de su dependencia económica del causante, tendrán derecho a pensión o subsidio por muerte de este, en la cuantía que respectivamente se fije.

Será de aplicación a las prestaciones en favor de familiares lo establecido en el párrafo segundo del artículo 219.1.

*2. En todo caso, se reconocerá derecho a pensión a los hijos o hermanos de **beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente**, en quienes se den, en los términos que se establezcan reglamentariamente, las siguientes circunstancias:*

a) Haber convivido con el causante y a su cargo.

b) Ser mayores de cuarenta y cinco años y solteros, divorciados o viudos.

c) Acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante.

d) Carecer de medios propios de vida.

3. La duración de los subsidios temporales por muerte y supervivencia será objeto de determinación en las normas de desarrollo de esta ley.

4. A efectos de estas prestaciones, quienes se encuentren en situación legal de separación tendrán, respecto de sus ascendientes o descendientes, los mismos derechos que los que les corresponderían de estar disueltos su matrimonio.

5. Será de aplicación a las pensiones en favor de familiares lo previsto para las pensiones de viudedad en el segundo párrafo del artículo 223.1."

-El **Decreto 1646/1972, de 21 de junio**, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social dispone en su artículo 5 lo siguiente en relación a las hijas o hermanas de pensionistas de jubilación o invalidez:

"Tendrán derecho a pensión los hijos o hermanos de pensionistas de jubilación o incapacidad permanente que, al tiempo del fallecimiento del causante, sean mayores de cuarenta y cinco años de edad y solteros o viudos, siempre que reúnan las condiciones exigidas en los apartados c), d) y e) del número 1 del artículo 40 del vigente Reglamento General de Prestaciones Económicas y acrediten dedicación prolongada al servicio del causante."

-El Reglamento General, aprobado por **Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre**, que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, preceptúa en su artículo 40, en cuanto a los beneficiarios de la pensión a favor de familiares lo siguiente:

"c) Que convivieran con el causante y a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquél o desde la muerte del familiar con el que convivieran, si ésta hubiere ocurrido dentro de dicho periodo; d) Que no tengan derecho a pensión del Estado, provincia o Municipio o a prestaciones periódicas de la Seguridad Social; e) Que, a juicio del órgano de gobierno competente carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación y posibilidades de prestarles alimentos, según la legislación civil."

-También la **Orden Ministerial de 13 febrero 1967**, por la que se establece normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social enumera en su artículo 22, quiénes son los beneficiarios de la pensión a favor de familiares, contemplando tres grupos de familiares y sus requisitos:

- 1) Los nietos y hermanos del causante.
- 2) La madre y abuelas.
- 3) Padre y abuelos.

C.3-Requisitos genéricos.

Centrando nuestra atención en la modalidad contenida en el párrafo segundo del art. 226 LGSS, que es la que se cuestiona en su aplicación, los requisitos para acceder a esta prestación contributiva derivada de muerte y supervivencia son los siguientes:

1º-Ser hijos/as o hermanos/as de las personas beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación o incapacidad permanente.

2º- Ser mayor de cuarenta y cinco años y soltera/o, divorciada/o viuda/o.

3º- **Haber convivido con el causante** y a su cargo, al menos con dos años de antelación al fallecimiento del causante

4º-Acreditar dedicación prolongada al cuidado de la persona causante.

5º-Carecer de medios propios de vida.

C.4-Interpretación de la Norma sustantiva. Requisito de "convivencia"

La controversia jurídica se cierne exclusivamente sobre la interpretación que debe darse al requisito de "convivencia" para tributar la pensión que se reclama. No se cuestiona el cumplimiento de los restantes requisitos incluido el periodo mínimo temporal exigido de convivencia. Por tanto, el debate jurídico queda centrado en el concepto de "convivencia" exigido legalmente, entendiendo el INSS que no se cumple porque la demandante y la causante se hallaban empadronadas en pisos diferentes, a pesar de coincidir en el mismo edificio.

-Desde un **punto de vista literal**, el requisito de convivencia, aparece desnudo sin condicionarse a un domicilio único o a un empadronamiento común. Según el diccionario normativo de la RAE, el verbo "convivir" se describe como "vivir en compañía de otro u otros" y a su vez, la primera acepción de "vivir" se define como "tener vida".

-Desde un **punto de vista sistemático**, el concepto de convivencia debe interpretarse de acuerdo con la sociedad actual teniendo en cuenta las necesidades y los valores familiares de la sociedad de este siglo, donde la intimidad familiar y personal adquieren un valor superior al de otras épocas, al tener una protección suprallegal, como derecho fundamental reconocido en la Constitución (art. 18.1 CE). Tal intimidad puede traducirse en mantener la independencia de una vivienda propia donde no por ello se excluye el cuidado, el socorro y la asistencia diaria por parte de otros familiares.

-Desde un **punto de vista teleológico o finalista**, conviene recordar que la finalidad de las pensiones en favor de familiares es dar la adecuada cobertura a una *"situación de cualificada necesidad en razón a la pérdida del causante de la prestación, cuyos ingresos venían a constituir el sustento de la familia"* (STS de 24-2- 1995). También la **Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1993**, de 14 de enero , puso de relevancia esta finalidad (FJ4º):

" es claro que su finalidad última es remediar la situación de necesidad (...), la norma atiende en todos los casos a auténticas situaciones de necesidad, dada la incompatibilidad de esta pensión con la percepción de ingresos propios por parte de los beneficiarios. Su función debe ser considerada como el otorgamiento de rentas de subsistencia a quienes, por carecer de todo tipo de ingresos, se encuentran en un estado de necesidad. (...)"

"la situación del pariente sobreviviente, asimilándose a una renta de subsistencia conectada con la obligación impuesta a los poderes públicos por el art. 41 de la Constitución española de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad, siendo en este sentido una específica manifestación de la garantía institucional de la Seguridad Social que permite asegurar una cierta protección ante situaciones objetivas de necesidad (...)."

Esa finalidad asistencial de las prestaciones debatidas llevó a la jurisprudencia (**Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1985 -Rec. 355/1984**) a matizar la interpretación del requisito de convivencia, superando la literalidad de la palabra y el concepto formal de convivencia pues lo que debe valorarse no es tanto la cohabitación sino la práctica de los cuidados respecto del familiar necesitado de ello y la satisfacción de las necesidades físicas, psíquicas, morales y espirituales de la persona impedida.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la citada sentencia matizando el concepto de convivencia exigido para acceder a las prestaciones a favor de familiares:

" en el sentido de interpretar la convivencia, no en la literalidad de la palabra, sino con un criterio mas amplio en razón a supuestos excepcionales impuestos por circunstancias transitorias de trabajo fuera de la residencia habitual con la finalidad de atender mejor al sostenimiento de la familia cuando las relaciones afectivas y económicas no han desaparecido (SS. de 9 de febrero de 1971 , 29 de enero y 4 de abril de 1974)"

Este criterio de interpretación flexible y humanizador del concepto de convivencia que prioriza la efectividad de las atenciones y cuidados y no tanto el formalismo de la cohabitación física ha sido seguido por otras salas como el TSJ de Andalucía (Sevilla) en su sentencia de 7 de septiembre de 2016 (Rec. 2131/2015); STSJ del País Vasco de 22 de noviembre de 2016 (Rec. 2174/2016); STSJ de Castilla y León/Valladolid de 19 de septiembre 1995 (AS 1995, 3256) ; STSJ de Cataluña de 6 de marzo de 2000 , STSJ Cantabria de 5 de marzo de 2003 (JUR 2003, 199487) STSJ de Castilla-La Mancha Sala de lo Social o STSJ de Galicia de 27 de mayo de 1999 (AS 1999, 1294) y de 27 de enero de 2012 (AS 2012, 101), entre otras.

C.5-Interpretación del requisito "convivencia" con perspectiva de género

Una vez detectado el impacto de género que tiene la prestación empresa, **es obligación de todo órgano jurisdiccional integrar la perspectiva de género en la impartición de justicia** , que debe implementarse como metodología de resolución en toda controversia judicial en la que se involucren relaciones asimétricas o patrones estereotípicos de género, aún cuando las partes no lo soliciten expresamente, a tenor de lo previsto en el art. 1, 10.2º, 9.2º , 14 y 96 de la Constitución española, arts. 5.1º, 7.1º y 2º de la LOPJ, en relación con los arts. 4 y 15 de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH) ; los arts. 2.c), d) e), 11.1º de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), que exigen de los poderes públicos del Estado la **"debida diligencia"** en la aplicación de los estándares y obligaciones internacionales en materia de género.

El principio de integración de la dimensión de género en la actividad jurídica vincula a todos los Poderes del Estado: al Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial. La vinculación de la actividad jurisdiccional del Judicial -dada su independencia- deriva de su sumisión al imperio de la ley (artículo 117 de la CE). Tal afirmación se encadena con la existencia de un amplio derecho antidiscriminatorio, con amparo constitucional en el art. 14 de la CE en conexión con el art. 9.2 CE y se halla normativizado en el art. 4 y 15 de la LOIEMH, que debe desplegarse en tres fases judiciales concretas:

-En la tramitación del procedimiento. Mediante cláusulas de protección jurisdiccional flexibilizadoras del rigor procesal para garantizar la tutela de las víctimas.

-En la valoración de la prueba. Distribución de la carga de la prueba de la discriminación y relevancia de la declaración de la víctima.

- **En la aplicación e interpretación de las normas sustantivas.** Prohibición de discriminación directa e indirecta, medidas de acción positiva, democracia paritaria e igualdad de oportunidades, derechos de maternidad y conciliación, protección frente a la violencia de género.

Juzgar con perspectiva de género debe ser una labor judicial que conlleve:

- Utilización de criterios de sustitución o de comparación hipotética para verificar si, en una situación dada, un hombre habría sido tratado de la misma manera en que lo ha sido una mujer.

- **Consideración de la situación de marginalidad real o potencial**, o de victimización secundaria, en la cual se puede encontrar la mujer a la hora de valorar su conducta.

- Integración del valor de igualdad de los sexos en la aplicación de una norma que, debiendo considerarlo, no ha considerado ese valor, o laguna axiológica, evitando determinados efectos perversos.

Por ello, la interpretación 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.

La aplicación de esta hermenéutica interpretativa al caso que nos ocupa, tratándose de una prestación que viene siendo percibida casi en un 70% por mujeres, exige de esta Sala interpretar el requisito de convivencia de forma flexible, abierta y no mecánica y formalista pues ello puede excluir del acceso a las prestaciones situaciones de necesidad y dependencia padecida mayoritariamente por las mujeres.

En el caso que nos ocupa ha quedado probado que la demandante ha venido cuidando y atendiendo las necesidades vitales de su madre mientras vivía y lo requería, pues tal y como se recoge en la fundamentación jurídica de la sentencia ello no se cuestiona y **"nadie lo discute"** (sic FJ único). Por tanto, los cuidados empleados en la madre, su asistencia continua, el estar cercana de la misma durante el día y la noche al vivir en el mismo edificio, debe priorizarse en la valoración de este requisito que tiene un componente claramente social, humano y asistencial que quedaría diluido en una interpretación mecanicista y puramente física. El hecho de vivir en plantas diferentes (1º y 2º) del mismo edificio, madre e hija, no puede servir para que en base a criterios rigoristas se niegue el acceso de la hija cuidadora, a la pensión solicitada, pues tal y como ha quedado probado (HP3º), la actora convivía en el piso superior con su hijo de 19 años de edad, que también ha requerido de cuidados y asistencia durante su crianza por parte de la hija de la causante, que también es madre de su nieto. No entender la realidad del funcionamiento de los cuidados de familiares (ascendientes, descendientes, etc.) y devaluarlos hasta el extremo de opacarlos tras la exigencia formalista de la cohabitación física en la misma planta de un edificio común, es vaciar de contenido la finalidad misma de la prestación en favor de familiares (cuidadores), lo que tiene sin duda un impacto estadístico mayor en el sexo femenino, pudiéndose incurrir, en este caso, en una discriminación indirecta por razón de género.

Debe recordarse aquí, que en la citada **sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2020 (Rec. 3097/2017)**, se produce un cambio su criterio jurisprudencial en relación al acceso de las prestaciones a favor de familiares derivadas de pensionista SOVI, aplicando la perspectiva de género en la interpretación del derecho. Se recuerda, asimismo, la obligación judicial de integrar esta hermeneútica acorde con los mandatos internacionales:

"Ninguna duda cabe, pues, sobre la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas. Así lo hemos sostenido también en las STS/4ª de 26 septiembre 2018 (rcud. 1352/2017) y 13 noviembre 2019 (rcud. 75/2018) (...)

Por ello, la interpretación estricta y literal del precepto aquí aplicable puede generar un impacto de género, una discriminación indirecta, al desplegar efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino. El principio de igualdad de trato exige eliminar, no sólo la discriminación abierta, sino también toda forma de discriminación encubierta que, por la aplicación de otros criterios, lleve, de hecho, al mismo resultado. Y tal eliminación resulta aquí factible mediante la utilización de criterios interpretativos finalistas que, partiendo de la indudable concurrencia de la existencia de una pensión de características análogas (vejez/jubilación) y ganada por la contribución al sistema, abarque también a aquélla obtenida en un régimen precedente al actual. (FJ6º) ..."

En la misma línea integradora de la perspectiva de género, pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 (Recud. 1352/2017) de 13 de noviembre de 2019 (Recud. 75/2018) y de 21 de diciembre de 2009 (Recud. 201/2009).

En base a lo expuesto, procede estimar el recurso planteado y reconocer a la actora el acceso a la prestación en favor de familiares reclamada.

CUARTO.- Por lo que respecta a la base reguladora y efectos , aunque no se incluyen los mismos en el relato fáctico del folio 34 de autos (expediente administrativo) se extrae que la base reguladora de la pensión solicitada es de **114'13** , el porcentaje del **72%** y los efectos de fecha **1 de abril de 2018**.

QUINTO.- En relación a las costas del proceso conforme al art.235 de la LRJS, no procede la imposición de las costas del recurso a la recurrente, que goza del beneficio de justicia gratuita.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a Adelina contra la Sentencia nº 330/2019 de fecha 3 de octubre de 2019 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria , que revocamos y estimamos la demanda interpuesta por la misma frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, reconociendo su derecho a percibir prestaciones a favor de familiares, con una base reguladora de 114'13 euros mensuales , porcentaje de la pensión del 72 %, con efectos del 1 de abril de 2018. Sin costas.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 5 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 €** 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 3537/0000/66/140019 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:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

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.

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

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