

CUESTIONES JURISPRUDENCIALES CONTROVERTIDAS EN MATERIA DE PRESTACIONES EN FAVOR DE FAMILIARES

CONTROVERSIAL JURISPRUDENTIAL ISSUES IN MATTERS OF BENEFITS IN FAVOUR OF FAMILY MEMBERS

Víctor Barros Tornay
Alumno egresado de Derecho en la Universidad de Sevilla.
Becario de colaboración Departamento Derecho del
Trabajo y Seguridad Social 2022-2023
Universidad de Sevilla
ORCID: 0009-0003-1365-6033
victorbartor23@gmail.com

RESUMEN: El presente estudio examina los pronunciamientos jurisprudenciales recientes de mayor relevancia en materia de prestaciones en favor de familiares. Tras exponer de manera sucinta el régimen legal vigente de estas prestaciones se abordan distintas cuestiones como la existencia o no de parientes con obligación de alimentos, el estado civil del solicitante o las exigencias de convivencia y edad.

PALABRAS CLAVE: Prestaciones en favor de familiares; muerte y supervivencia; régimen jurídico; Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

ABSTRACT: This doctrinal article aims to examine the most relevant recent jurisprudential rulings concerning benefits in favour of family members. Following a concise overview of the current legal framework governing these benefits, various issues are addressed, such as the existence of relatives with support obligations, the marital status of the applicant, and requirements related to cohabitation and age.

KEYWORDS: Benefits in favour of family members; Death and survival; Legal Regime; Supreme Court's Case-law.

Recibido: 30/10/2024; Aceptado: 09/07/2025.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 10 (2025) 85-115
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2025.i10.03>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. BREVE RECORDATORIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE ESTAS PRESTACIONES. 2.1. Elementos comunes. 2.2. Subsidio temporal en favor de familiares. 2.3. Pensión en favor de familiares. 3. EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE SOBRE LAS PRESTACIONES EN FAVOR DE FAMILIARES. 3.1. La posibilidad de incrementar el porcentaje de aplicación sobre la base reguladora en el subsidio temporal en favor de familiares. 3.2. La existencia de parientes con posibilidad de prestar alimentos como obstáculo para acceder a prestaciones en favor de familiares. 3.3. El estado civil del solicitante como requisito para lucrar pensiones en favor de familiares. 3.4. Prestaciones en favor de familiares e igualdad de género. 3.4.1. La vejez SOVI y la pensión en favor de familiares: la STS 79/2020 de 29 de enero. 3.4.2. Modulación del requisito relativo al estado civil cuando concurre violencia de género. La relevante sentencia 419/2023 de 13 de junio. 3.4.3. La interpretación del requisito de convivencia con el causante con perspectiva de género. La sentencia del TSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 13 de marzo de 2020. 3.4.4. La edad de la beneficiaria en el acceso a la pensión en favor de familiares del art. 226.2 LGSS. La sentencia del TSJ de Madrid de 27 de marzo de 2023. 4. BIBLIOGRAFÍA. ANEXO JURISPRUDENCIAL.

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de las prestaciones de la Seguridad Social por muerte y supervivencia, el protagonismo indudablemente lo atesoran las prestaciones de viudedad (sobre todo) y orfandad frente a las prestaciones en favor de familiares, mucho más discretas. Basta consultar los últimos datos estadísticos de septiembre de 2024¹ para poder afirmar que del total de pensiones que abona la Seguridad Social por muerte y supervivencia, solo el 2,42% son prestaciones en favor de familiares. Esta circunstancia matemática nos ayuda a vislumbrar que nos encontramos ante unas prestaciones cuyo régimen protector resulta ser hoy día ciertamente residual. Ahora bien, ello no pretende desmerecer su relevancia en ciertos contextos sociales que aún perviven en nuestro país.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia de Pleno 3/1993 de 14 de enero² atribuye a estas prestaciones un carácter «predominantemente asistencial», de lo que se infiere que existe una cuestión controvertida sobre su permanencia dentro del

1. Estadística de la Seguridad Social de septiembre de 2024 disponible en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/a59fc4a1-faa7-48dd-9a0e-a20302891ae3/PTAS202409.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_81D21J401P5L40QTTT61G41000-a59fc4a1-faa7-48dd-9a0e-a20302891ae3-p91jd3k

2. Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1993 de 14 de enero (BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1993) ECLI:ES:TC:1993:3

bloque de prestaciones contributivas³ (debate extensible al resto de prestaciones sobre muerte y supervivencia). Verdaderamente, estas prestaciones existen desde los albores de nuestro actual Sistema de Seguridad Social, mucho antes de la incorporación del bloque no contributivo, para subvenir la necesidad de aquellas personas que, dependiendo económicamente de un pariente próximo con el que convivían, se encontraban en una situación de desprotección ante su fallecimiento, por no poder acceder a otra pensión pública. A este respecto, cabe colegir que incluso dentro del régimen de prestaciones por muerte y supervivencia son una suerte de último recurso (al margen de la asistencia social) para personas que no reúnen los requisitos para lucrar pensiones de orfandad o viudedad.

Por otra parte, aún hoy en día la mayoría de beneficiarias de estas prestaciones son mujeres⁴. Ciertamente, haciendo un simple ejercicio de observación de la regulación original –de la que actualmente perviven importantes trazas–, se puede discernir que estas prestaciones iban dirigidas esencialmente a mujeres solteras, las cuales en su mayoría tenían grandes impedimentos para acceder al mercado de trabajo y su función se relegaba a los cuidados en el ámbito familiar de padres o hermanos. El fallecimiento de ese familiar, que normalmente era su sustento económico, las colocaba en una situación especialmente vulnerable, por lo que se diseñó esta suerte de «contraprestación». A pesar de que en las últimas décadas se ha impulsado enormemente el acceso en igualdad de la mujer al mercado de trabajo y se han introducido importantes medidas de conciliación para corresponsabilizar a los hombres en las ocupaciones domésticas, en lo respectivo al desarrollo de cuidados en el seno familiar, el protagonismo sigue recayendo injustificadamente sobre las mujeres.

Así pues, en el marco de este espacio de protección más próximo a la asistencia y ampliamente feminizado, nos hemos propuesto abordar a través de la jurisprudencia reciente, el estudio de los interrogantes y cuestiones de mayor relevancia y actualidad jurídica que lo conforman. Previamente a dicha labor y para hacer más accesible la lectura, vamos a realizar una escueta aproximación al complicado régimen jurídico que gobierna estas prestaciones.

3. En este sentido, hay autores como Sastre Ibarreche que destacan el revestimiento de estas prestaciones de un carácter cuasi residual y asistencial, cfr. Sastre Ibarreche 1998, 14; o en una línea similar, Castro Argüelles 1998, 147 subraya que la situación de necesidad de los familiares del causante como fundamento de protección separa a estas prestaciones del resto del bloque contributivo. Sin embargo, frente a estas interpretaciones González Ortega sostiene una lectura alternativa, considerando que pese a las particularidades de estas prestaciones subyace «una lógica contributiva según la cual el sistema devuelve, aunque sea parcialmente, algo de lo que ha recibido antes en términos de aportaciones económicas». Vid. González Ortega 1999, 166.

4. De acuerdo con la estadística de septiembre de 2024 a la que anteriormente nos hemos referido, casi dos tercios de perceptoras son mujeres. Concretamente, de los 45.664 pensionistas, 29.678 son mujeres.

2. BREVE RECORDATORIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE ESTAS PRESTACIONES

Conforme a lo prometido, vamos a repasar en las siguientes líneas el anacrónico, a la par que enrevesado, régimen jurídico actual de estas particulares prestaciones⁵. Dado que la regulación se encuentra dispersa en diferentes textos normativos (desde la propia Ley General de la Seguridad Social hasta decretos preconstitucionales), vamos a sistematizar su exposición distinguiendo por un lado entre aquellas prestaciones con carácter de subsidio (cuya duración en el tiempo es acotada) y por el otro entre aquellas que poseen el carácter de pensión (cuya duración es, en principio, vitalicia). Con carácter previo, vamos a repasar sucintamente los elementos comunes de estas prestaciones.

2.1. Elementos comunes

En primer lugar, debemos precisar los requisitos que debe reunir el sujeto causante de estas prestaciones (el fallecido) los cuales son comunes a todas las prestaciones por muerte y supervivencia y se recogen en el art. 217 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 Social⁶ (en adelante LGSS), y 2.1 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967⁷ por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social (OM 13 de febrero de 1967 en adelante):

Deben ser trabajadores en activo, o perceptores de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural o pensionistas por incapacidad permanente o jubilación en su modalidad contributiva.

— Para los dos primeros casos anteriores (para los pensionistas no) se exigen como requisitos adicionales:

— el encuadramiento previo, requisito que se exige si se acredita un período de cotización mínimo de 15 años o si el fallecimiento deriva de contingencia profesional.

5. Para un estudio en mayor profundidad del régimen jurídico de estas prestaciones se recomienda consultar: Blasco Lahoz, López Gandía 2023, 561-594; Castro Argüelles 1998, 81-119; López Terrada 2024, 510-516 Monereo Pérez *et al* 2024, 365-390; Rodríguez Inieta 2009, 293-309.

6. 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.

7. Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social.

- Si el fallecimiento deriva de contingencias comunes, se exige además un período de carencia de al menos 500 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento o a la fecha en la que se extinguió la obligación de cotizar.

En lo relativo a la base reguladora de estas prestaciones, se remite en el art. 23 de la OM 13 de febrero de 1967 a la base reguladora de la pensión de orfandad, la cual a su vez se calculará conforme a las normas que determinan la de la pensión de viudedad⁸.

En lo que respecta a la cuantía, se recoge en los arts. 26 (subsidio) y 22 (pensión) de la OM de 13 de febrero de 1967, y tanto en el caso del subsidio como en el de la pensión en favor de familiares se remite a la cuantía de la prestación de orfandad, esto es, un 20% de la base reguladora⁹.

Por otra parte, para lucrar cualquier prestación en favor de familiares los solicitantes deben acreditar, mediante el cumplimiento de tres requisitos enunciados en el art. 40 del Decreto 3158/1966¹⁰ (RGPE en adelante) la dependencia económica con el causante.

- Convivencia con el causante y a sus expensas durante al menos los dos años de antelación al fallecimiento de aquel.
- Que no tengan derecho a pensión pública¹¹.

8. Se pueden dar tres supuestos:

si el causante se encuentra en activo y fallece por contingencias comunes la base reguladora se obtendrá de la división por 28 de la suma de las bases de cotización durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses (elegidos por el beneficiario, siempre dentro de los quince años anteriores a la fecha del fallecimiento del causante). Se computará la totalidad de las bases por las que se haya efectuado la cotización durante el período establecido reglamentariamente anterior al mes previo al del hecho causante (art. 228 LGSS).

Si el causante fallece por contingencias profesionales, la base se calculará sobre salarios reales (Art. 9 d OM 13 de febrero de 1967 y capítulo V Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el Reglamento para aplicación del texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo).

Si el causante es pensionista de jubilación o incapacidad permanente, la base reguladora será la misma que sirvió para hallar su pensión incrementada con las revalorizaciones que hayan tenido lugar desde que el causante accedió a la pensión.

9. En el art. 23.2 se contempla la posibilidad de acrecer la pensión con el porcentaje de la pensión de viudedad, en el caso de que en el momento del fallecimiento del causante no hubiere ningún posible beneficiario de dicha pensión, o bien si lo hubiere, en el momento del fallecimiento de éste estando en el disfrute de la misma. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 233.1 LGSS también procederá el mencionado incremento, ante el supuesto de violencia de género, cuando no haya otros beneficiarios de pensiones por muerte y supervivencia. Se debe tener en cuenta en todo caso las cuantías mínimas establecidas por la Ley General de Presupuestos del Estado.

10. Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas.

11. La incompatibilidad se produce en el disfrute de dos pensiones públicas, por lo que el beneficiario deberá optar a una de ellas. Rodríguez Iniesta 2009, 300-301.

- Que carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil.

2.2. Subsidio temporal en favor de familiares

A nivel legal, las únicas menciones del término «subsidio» (o «subsidijs») se realizan a modo de remisión a la normativa de desarrollo. Así pues, en el art. 226.1 LGSS se indica que será esta normativa de desarrollo la que precisará que otros familiares o asimilados, reuniendo los requisitos que se exijan y «previa prueba de la dependencia económica del causante», podrán acceder a «pensión o subsidio» por el fallecimiento de éste. El apartado primero de este artículo no es el único que hace referencia a la existencia de un «subsidio» en el marco de estas prestaciones, pero sí es el único que se refiere a este término en singular. El apartado tercero del art. 226 recoge que la duración de los «subsidijs temporales por muerte y supervivencia» será asimismo objeto de determinación por la normativa de desarrollo. La regulación de desarrollo, como inmediatamente veremos, contempla exclusivamente la existencia de una tipología de subsidio temporal en favor de familiares (si bien con distintos posibles beneficiarios), por lo que podríamos aducir que se trata de una suerte de errata del legislador.

Entrando propiamente en materia, como anteriormente hemos señalado la regulación del subsidio temporal en favor de familiares se articula completamente por la normativa de desarrollo, que en este caso resultan ser los arts. 25, 26 y 27 de la OM 13 de febrero de 1967. El art. 25 comienza detallando a los beneficiarios de esta prestación, señalando que serán los hijos y hermanos del fallecido, siempre que a la fecha del hecho causante, además de reunir los requisitos generales de dependencia económica, cumplan las siguientes exigencias: tener más de veintidós años y ser solteros, viudos, separados legalmente o divorciados¹². La duración máxima será de doce mensualidades (con dos pagas extraordinarias).

Por último, el art. 27 recoge las causas de extinción del subsidio. De las tres que aparecen señaladas las únicas actualmente aplicables serían la del agotamiento del período de duración fijado como máximo y el fallecimiento del beneficiario (no se tendría en cuenta por tanto como causa de extinción «observar una conducta deshonestas o inmoral»¹³).

12. Blasco Lahoz, López Gandía 2023, 592.

13. De acuerdo con la Circular del INSS de 15 de noviembre de 1984. Vid. Castro Argüelles 1998, 112.

2.3. Pensión en favor de familiares

Las pensiones en favor de familiares son el eje central de estas prestaciones, tanto por poseer una mayor relevancia a nivel económico (por su naturaleza vitalicia) como por la amplia variedad de sujetos que pueden detentar la condición de beneficiarios de las mismas. Si bien es cierto que el art. 226 LGSS, a diferencia de lo que sucede con el subsidio, sí les presta una mayor atención a las pensiones (incluso articulando un supuesto concreto que posteriormente examinaremos), la regulación sustancial de las mismas se encuentra en la normativa de desarrollo. El propio art. 226.1 remite a esta normativa para conocer los beneficiarios y los requisitos a los que están sometidos para causar el derecho a pensión. Sin perjuicio de lo que dispone el apartado 2 del art. 226 que examinaremos al final de esta sección, vamos a adentrarnos en la omnipresente «normativa de desarrollo» contenida, en este caso, en los artículos 22, 23 y 24 de la OM 13 de febrero de 1967.

En primer lugar, el art. 22 de la OM se encarga de enumerar los beneficiarios y algunos requisitos especiales que deben concurrir para que puedan acceder a la pensión:

a) Nietos y hermanos

El primer requisito que se señala, y el más extenso debido a las diferentes particularidades que pueden concurrir, es que han de ser menores de 18 años como regla general, o sin límite de edad si presenta una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Ahora bien, en el siguiente párrafo se detalla que si el nieto o hermano del causante no realiza trabajo lucrativo (tanto por cuenta ajena como propia) o lo realiza pero sus ingresos en cómputo anual no superan el 75% del SMI en cómputo anual, la edad límite asciende a los 22 años. En las siguientes líneas del precepto se desarrolla una extensa explicación sobre la dinámica de la prestación de la cual resulta interesante retener los siguientes datos:

- la prestación quedará en suspenso cuando los beneficiarios mayores o menores de 18 años trabajen por cuenta ajena o propia recibiendo un nivel de ingresos que en cómputo anual supere el límite del 75% del SMI. Ahora bien, si son menores de 18 años la suspensión no tendrá efecto hasta que se cumpla esta edad.
- La prestación dejará de estar suspendida cuando se extinga el contrato de trabajo, se cese en la actividad por cuenta propia o se extinga la correspondiente prestación de la Seguridad Social a la que se tenga derecho (Incapacidad temporal, desempleo, maternidad, riesgo durante el embarazo).

Tras las precisiones sobre la edad del beneficiario, el segundo requisito hace referencia a que deben ser huérfanos de padre y madre, esto es, orfandad absoluta¹⁴. Los restantes requisitos son los generales de dependencia económica del causante.

b) Ascendientes

Se establecen requisitos distintos según el sexo del ascendiente.

- Madres y abuelas: Aparte de los requisitos generales de dependencia económica del causante, se exige que sean o viudas, o casadas cuyo marido esté incapacitado para el trabajo o tenga al menos 60 años, o bien solteras, divorciadas o separadas legalmente¹⁵.
- Padres y abuelos: Aparte de los requisitos generales de dependencia económica del causante, se exige que tengan 60 años o si tienen menos, que se hallen incapacitados para el trabajo.

Como resulta posible observar la regulación es discriminatoria para los ascendientes varones, y completamente obsoleta pues obedece a un modelo de sociedad que si bien, indudablemente existía en el tardofranquismo, actualmente no posee razón alguna de ser. Asimismo, merece ser destacada la posibilidad de que ante un mismo sujeto causante puedan acceder a pensión tanto el padre como la madre.

Dentro de los supuestos de pensión, nos resta por exponer el único supuesto que posee regulación legal en el marco de estas prestaciones. Se trata nada más y nada menos de lo que se prevé en el art. 226.2 LGSS. El citado precepto concede derecho a pensión en favor de familiares a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e IP en quienes se den, en los términos que se establezcan de manera reglamentaria, las siguientes condiciones:

- Haber convivido con el causante y a su cargo.
- Ser mayores de 45 años y solteros, divorciados o viudos (también pueden ser separados siempre que la separación sea legal ex 226.4 LGSS y parece ser que se limita a los hijos pues menciona “respecto de sus ascendiente y descendientes¹⁶”). Tanto la edad como el requisito re-

14. Se equipara a la orfandad absoluta el abandono estando bajo la guarda y custodia de los abuelos. Cfr. Blasco Lahoz 2017, 9.

15. Blasco Lahoz, López Gandía 2023, 592; Castro Argüelles 1998, 91.

16. González Ortega 1999, 175.

lativo al estado civil deben concurrir al tiempo del fallecimiento del causante (art. 5 Decreto 1646/1972 de 23 de junio)¹⁷.

- Acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante.
- Carecer de medios propios de vida.

Resulta cuanto menos llamativo en este supuesto, que la LGSS solo contemple algunas de las exigencias comunes a todas las prestaciones en favor de familiares relativas a la dependencia económica del causante. Ciertamente, la normativa reglamentaria que amplió inicialmente a estos beneficiarios el derecho a pensión en favor de familiares –el ya mencionado Decreto 1646/1972– remite expresamente al art. 40 RGPE. Sin embargo, la compleja concatenación de remisiones así como la incorporación parcial a la LGSS de algunos requisitos junto a la omisión de otros generó –como tendremos ocasión de analizar– ciertas dudas acerca de las exigencias efectivamente impuestas sobre estos beneficiarios.

Finalmente, el art. 24 de la OM 13 de febrero de 1967 recoge las causas de extinción, las cuales dependiendo del beneficiario son distintas:

- a) Nietos y hermanos: las mismas que para la pensión de orfandad, las cuales son cumplir la edad máxima, adopción, cesar en la incapacidad que otorgaba el derecho a pensión, contraer matrimonio salvo que el beneficiario tenga una IP absoluta o gran invalidez, o fallecimiento.
- b) Ascendientes e hijos y hermanos mayores de 45 años: fallecimiento o contraer matrimonio.

Respecto al orden de prelación para causar derecho a pensión, el art. 229.2 LGSS introduce ciertas reglas al respecto que se pueden resumir en esencia, en que las prestaciones de orfandad tienen prioridad sobre las prestaciones a favor de familiares, y dentro de estas últimas tienen preferencia para adquirir la condición de beneficiarios en primer lugar nietos y hermanos menores de 18 años o mayores incapacitados, después ascendientes de primer grado, en tercer lugar, ascendientes de segundo grado y por último, hijos y hermanos del titular de una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente mayores de 45 años.

17. Decreto 1646/1972 de 23 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.

3. EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE SOBRE LAS PRESTACIONES EN FAVOR DE FAMILIARES

3.1. La posibilidad de incrementar el porcentaje de aplicación sobre la base reguladora en el subsidio temporal en favor de familiares

La relevancia del subsidio temporal en favor de familiares en comparación con las pensiones resulta ser considerablemente residual por las razones expuestas en el apartado que aborda el régimen jurídico. Consecuencia directa de ello es la escasa producción jurisprudencial sobre la materia. No obstante, recientemente se planteó ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia una cuestión de indudable interés sobre el enmarañado régimen jurídico que acompaña a esta prestación de duración transitoria: concretamente, la posibilidad de que dicho subsidio incremente su cuantía en el caso de que no existan beneficiarios de prestaciones por muerte y supervivencia, de forma similar a como ocurre en los casos de las pensiones en favor de familiares, y las prestaciones por orfandad y viudedad.

La sentencia es la STSJ de Galicia de 26 de junio de 2024¹⁸. En los hechos probados de la misma, se expone que la actora reclama contra el importe que le ha reconocido el INSS en materia de subsidio temporal en favor de familiares, pues entiende que en aplicación de los arts. 36.2 y 39.2 del Decreto 3158/1966 y 26.2 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, así como de la jurisprudencia (aunque según consta en la propia sentencia no se cita jurisprudencia alguna que acompañe su pretensión) se le debe reconocer una cuantía superior en base a un aumento del porcentaje a aplicar sobre la base reguladora. El razonamiento que justifica dicha petición es el siguiente: En el art. 26 de la OM de 1967 (el 26.2 no existe en la redacción vigente) se dispone que la cuantía del subsidio será idéntica a la contemplada para la pensión en favor de familiares solo que por duración de 12 mensualidades. Por lo tanto, para determinar dicha cuantía debemos acudir al art. 23 de la OM que en un nuevo acto de remisión, identifica la cuantía correspondiente a la que se contempla para la prestación de orfandad recogida en el art. 17.1. En el art. 17.1 finalmente se indica que dicho importe asciende al 20% de la base reguladora del causante. La solicitante cita además los arts 36.2 y 39.2 del Decreto 3158/1966 cuyos términos en muchos casos son idénticos a lo que se señala en los arts 23 y 26 de la OM, haciendo especial referencia a la posibilidad que se contemplan tanto para la prestación de orfandad por un lado como para las pensiones en favor de familiares por otro, de incrementar su importe ante la ausencia de otros parientes con derecho a prestaciones por muerte y supervivencia.

18. STSJ Galicia 3150/2024 de 26 de junio, nº rec: 1631/2023-ECLI:ES:TSJGAL:2024:4634

En instancia el Juzgado de lo Social desestima la pretensión de la beneficiaria, que recurre en suplicación ante el TSJ. El tribunal comienza repasando el conglomerado de reglas que resultan de aplicación a la prestación temporal en favor de familiares. La irrefutable duplicidad entre el Decreto de 1966 y la OM de 1967 (ambas al parecer vigentes) provoca que el tribunal razone sobre ellas de manera conjunta, aduciendo que la cuantía del subsidio se regula en los arts. 41 del Decreto y 26 de la OM. En ambos supuestos se remite, como se ha señalado en el párrafo anterior, al importe que corresponde a la pensión en favor de familiares (39.1 Decreto y 23.1 OM), el cual remite a su vez a la cuantía de la prestación de orfandad, esto es, el 20% de la base reguladora del causante. De lo expuesto, el TSJ entiende que la remisión, al ser en exclusiva al primero de los apartados (de los arts. 39 y 23 respectivamente) no engloba el incremento que se prevé para la pensión en el apartado dos de los artículos reiteradamente citados. Por lo tanto, rechaza la tesis de la solicitante y desestima el recurso.

Ciertamente esta sentencia es una buena prueba de la farragosa normativa que gobierna el régimen jurídico de estas prestaciones. Resulta suficiente observar el desarrollo argumentativo del tribunal para colegir la existencia de una absurda simetría de dos normas formalmente vigentes que regulan extremos idénticos. Por otro lado, respecto de la cuestión que ocupa el fondo del pronunciamiento, cabe señalar que si bien el razonamiento del tribunal parece correcto en relación con el texto legal, persisten a nuestro parecer ciertas dudas. Por un lado se identifica la cuantía del subsidio con la prevista para la pensión, con la única diferencia que la duración es acotada, y por otra parte, se excluye de dicho importe la posibilidad de incrementar el porcentaje a aplicar sobre la base, que por el contrario se contempla respecto de la pensión. De cualquier forma, más que una crítica hacia el fallo del TSJ, lo que tratamos de poner en evidencia es la imperiosa necesidad de acometer la reforma y actualización del régimen jurídico de estas prestaciones, para lograr una mayor coherencia normativa que fortalezca el sistema de protección social y facilite el acceso a estas prestaciones a las posibles personas beneficiarias

3.2. La existencia de parientes con posibilidad de prestar alimentos como obstáculo para acceder a prestaciones en favor de familiares

Como hemos tenido ocasión de señalar, en las diferentes prestaciones en favor de familiares se exige que el solicitante acredite que no dispone de recursos para subsistir. Este condicionante más característico del bloque no contributivo de la Seguridad Social, se extrema hasta tal punto que se requiere que el futuro beneficiario no disponga de parientes que puedan prestarle alimentos conforme a la legislación civil

(arts. 142, 143 y 144 Código Civil). El «deber de alimentos»¹⁹ al que nos referimos en este epígrafe, es una institución civil que consiste en el derecho que tiene una persona (alimentista) de reclamar a determinados familiares (alimentantes) aquello que necesita para subvenir su estado de necesidad.

La mencionada exigencia ha supuesto que el Tribunal Supremo deba entrar a interpretar este requisito, para determinar su viabilidad en ciertas situaciones y despejar ciertas dudas al respecto de cuándo resulta aplicable. Sobre esto último, cabe remitir al supuesto final de pensión en favor de familiares recogido en el apartado relativo al régimen jurídico (esto es el del art. 226.2 LGSS), donde como se ha expresado, existe una regulación enrevesada y concretamente el requisito de que no existan parientes con la posibilidad de prestar alimentos no se recoge en la propia ley, a diferencia de otras exigencias de dependencia económica del causante. Podría plantearse a este respecto, que si el legislador no ha incorporado este requisito junto a los que se contemplan en la ley, es que realmente ha pretendido que ya no tenga aplicación. Sin embargo, también podría acogerse la tesis contraria, arguyendo que la legislación preconstitucional no ha sido expresamente derogada y asimismo, el resto de supuestos de pensión contemplan este requisito en vigor.

Sea como fuere, en las siguientes líneas vamos a estudiar, en pronunciamientos recientes, el criterio del Tribunal Supremo sobre esta exigencia.

Vamos a comenzar examinando la STS de 27 de marzo de 2015²⁰. En el relato fáctico se nos expone que el INSS denegó el acceso a la pensión en favor de familiares regulada en el actual art. 226.2 LGSS (antiguo 176.2 LGSS 1994) a una solicitante, por existir a la fecha del hecho causante, familiares con obligación y posibilidad de prestarle alimentos, en este caso su madre. Tras el fallecimiento de ésta última, la solicitante vuelve a reclamar al INSS el acceso a la pensión el cual vuelve a ser denegado, pues no desvirtuaba la anterior denegación «el cambio de las circunstancias familiares». El asunto llega al TS, que plantea la normativa que considera aplicable al caso, señalando que son los arts 176.2 LGSS 1994 (actual 226.2) y 22 de la OM 13 de febrero de 1967. Como se puede apreciar, no menciona nada acerca del Decreto 1646/1972 y el RGPE. Luego de observar los mencionados artículos, el tribunal concluye que el requisito relativo a que no queden familiares con la obligación de prestarle alimentos al beneficiario no se aplicaría a este caso, pues nada se recoge en el art. 176. 2 LGSS y respecto de los supuestos que contempla el art. 22 de la OM señalada, ninguno de ellos encaja en la modalidad de pensión objeto del litigio («no se refieren al tipo familiar contemplado en el caso»). Por tanto, a raíz de ello se concluye que la actora tiene derecho a lucrar la prestación en favor de familiares, además desde la primera fecha que la solicitó.

19. En mayor extensión sobre el derecho de alimentos entre parientes vid. Carrasco Perera, Ureña Martínez 2024, 29-36.

20. STS de 27 de marzo de 2015, nº de rec: 1821/2014 - ECLI:ES:TS:2015:1772

Cabe señalar que este criterio jurisprudencial duró realmente poco. En la STS de 15 de octubre de 2015²¹⁰ se corrige la doctrina anterior. En los hechos de la misma, se plantea la denegación del acceso a pensión en favor de familiares del 176.2 LGSS 1994 a un solicitante, por existir a la fecha del hecho causante un hermano que convivía con él y entendía el INSS que podía prestarle alimentos conforme a la legislación civil. La Sala IV desglosa dos cuestiones a analizar:

- si se requiere que no exista pariente con obligación de prestarle alimentos al beneficiario para acceder al supuesto indicado de pensión en favor de familiares.
- Si los hermanos cuentan como «parientes con la obligación de prestar alimentos conforme a la legislación civil».

En lo referente a la primera cuestión, en el momento de señalar la normativa aplicable ya se atisba una diferencia con el anterior pronunciamiento, pues se añaden los arts 5 del Decreto 1646/1972 y, por remisión de éste, el art. 40.1 del RGPE. Como se puede prever, tras un examen del criterio que ha mantenido la Sala a lo largo del tiempo sobre este requisito, se acaba desmarcando del posicionamiento de la STS de 27 de marzo de 2015, afirmando que «la carencia de pariente con deber de prestar alimentos sigue siendo exigible cuando se trata de determinar si un hijo puede acceder a las prestaciones en favor de familiares». No obstante, resulta de interés la reflexión con la que el TS acompaña esta corrección, pues señala que «resulta innegable la obsolescencia de las prescripciones (sobre esta prestación) y la dificultad de concordarlas con previsiones legales posteriores». Asimismo añade, que la naturaleza de este tipo de prestaciones, «con claros ribetes asistenciales», dota de protección a situaciones que encajaría más adecuadamente en el ámbito de las prestaciones no contributivas. Luego volveremos sobre estas consideraciones.

Respecto al segundo de los asuntos de interés a analizar, el TS comienza examinando la legislación civil relativa a la obligación de alimentos entre parientes (arts 142, 143 y 144 CC). Posteriormente a ello, la Sala mantiene que de acuerdo con lo que dispone el art. 41 CE, la Seguridad Social ha de proporcionar asistencia y prestaciones suficientes a los ciudadanos ante situaciones de necesidad. Por ello, al encontrarse las prestaciones en favor de familiares en el ámbito de protección de la Seguridad Social, ha de hacerse una interpretación sobre la exigencia relativa a la prestación de alimentos mucho más «objetivada y genérica» a como la configura la legislación civil. Así, sostiene el TS, en base a que el SMI determina el mínimo legal de subsistencia, que no se puede acreditar que existe un pariente obligado a prestar alimentos, cuando este pariente por tener ingresos inferiores al SMI no puede

21. STS de 15 de octubre de 2015, nº de rec: 1045/2014 - ECLI:ES:TS:2015:5561

realmente proporcionarlos, o bien aún teniéndolos superiores «no puede suministrarlos al alimentista en cuantía igual o superior al SMI».

Por otro lado, el Tribunal Supremo arguye que en materia de acceso a una prestación de Seguridad Social, no se podría entender que el «deber de ayuda entre hermanos» que recoge la legislación civil, entraría dentro del concepto de prestación de alimentos (aunque desde la legislación civil si se considere de esta forma). Ello lo fundamenta en seis puntos:

- si bien el precepto relativo a los alimentos entre hermanos se ubica en el apartado relativo a «De los alimentos entre parientes» ello no tiene porqué significar que esta prestación posee la misma naturaleza que las demás, sino que es análoga.
- El deber de alimentos entre hermanos, a diferencia del resto de parientes, se limita a los «auxilios necesarios para la vida».
- El art. 143 CC recoge el deber de alimentos entre hermanos como una modalidad más restrictiva del deber genérico de alimentos entre parientes.
- La escasa jurisprudencia civil al respecto determina que «el deber entre los hermanos en modo alguno posee el mismo alcance que cuando estamos ante la auténtica obligación de prestar alimentos».
- Una interpretación teleológica de la normativa de Seguridad Social relativa a estas prestaciones impide equiparar el deber de prestarse alimentos entre hermanos al que existe entre otros parientes, por su limitada extensión.
- Por último se hace referencia al principio de confianza legítima, aduciendo una resolución del INSS que coincide con este criterio.

Por todo lo expuesto, el TS concluye que a efectos de acceder a una prestación de Seguridad Social, el deber de alimentos entre hermanos es distinto a la obligación alimentaria entre parientes.

Más recientemente, se pronuncia el Tribunal Supremo en la STS 647/2022 de 12 de julio²². En esta sentencia se nos plantea el caso de una beneficiaria de la pensión en favor de familiares a la que el INSS le reclama la cuantía percibida de los últimos 4 años, por percepción de ingresos indebidos. La Entidad Gestora argumenta que la mencionada beneficiaria no tenía derecho a pensión, ya que en la fecha del hecho causante de la misma tenía una hija que podía haberle prestado alimentos en base a lo dispuesto en el art. 144 CC. En esencia, defiende que mientras el SMI en cómputo anual del año que accedió a la pensión ascendía a 7.182 euros; la hija había percibido ese mismo año ingresos de 19.264 euros, a los que entiende el INSS que habría que sumar la cuantía de la pensión de alimentos que percibía el nieto de la

22. STS 647/2022 de 12 de julio, nº de rec: 2050/2019 - ECLI:ES:TS:2022:3016

beneficiaria. Por su parte la beneficiaria alega que su hija no tenía capacidad para haberle prestado alimentos, y que los cálculos del INSS no son correctos pues entiende que se debe descontar los gastos de hipoteca que había abonado su hija ese año. Así pues, los términos del debate que llega al TS estriban en determinar si se debe computar, a efectos de la obligación de prestar alimentos entre parientes, los gastos de hipoteca que afrontó ese año.

La Sala IV comienza indicando el criterio jurisprudencial acuñado respecto a la inexistencia de parientes obligados a prestar alimentos como condicionante para acceder a pensión en favor de familiares (art. 40.1 e RGPE). Recuerda por tanto, que para que sea exigible este requisito, el «alimentante» debe de disponer de rentas que sean superiores al SMI hasta el punto de garantizar al alimentista una cantidad mensual que alcance la cuantía del salario mínimo. Asimismo, el tribunal reproduce lo que dispone el art. 275.4 LGSS sobre los requisitos para determinar la carencia de rentas (que es a su vez uno de los requisitos para acceder a la pensión).

Seguidamente a lo expuesto, la Sala analiza el concreto supuesto planteado. Para ello examina los ingresos de la unidad familiar del año en el que la beneficiaria comenzó a percibir la pensión. Si el SMI de ese año se fija en 7.182 euros y de la unidad familiar forman parte: beneficiaria, hija y el hijo de esta última, se debe comprobar para que exista obligación de alimentos, si los ingresos de la hija ese año resultaban suficientes para que los tres convivientes alcanzasen el nivel mínimo de subsistencia (equivalente al SMI). Si bien la hija de la beneficiaria recibía una pensión de alimentos a favor de su hijo de 2.880 euros, como el SMI se encontraba en 7.182 euros lo que resta para alcanzar esa cifra debe salir de sus ingresos. Asimismo, la beneficiaria de la pensión ese año percibió unos ingresos anuales de 2.178,15 euros, por lo que para que existiera obligación de alimentos lo que diferencie esa cantidad del SMI tendría que salir de los ingresos de su hija. Haciendo todas las operaciones se determinaría que a la hija le restan aún 9.958,15 euros, cuantía superior al SMI de ese año por lo que en principio parece que sí existiría un pariente con posibilidades de prestarle alimentos a la beneficiaria. El debate en este punto se encuentra en si se deben computar los gastos de hipoteca desembolsados por la hija ese año, de forma que si no se restasen esos gastos la obligación de alimentos tendría virtualidad, mientras que si se sustrajeran, se concluiría que a la hija le queda una cuantía inferior al SMI. El Tribunal Supremo se decanta por la segunda opción, es decir, que los gastos de hipoteca de la vivienda son deducibles del importe de la unidad familiar, pues de lo contrario «ni la actora ni los demás componentes de la unidad familiar dispondrían efectivamente de ingresos equivalentes al salario mínimo interprofesional, lo cual vaciaría de contenido el derecho de la demandante y colocaría a sus familiares en clara situación de necesidad».

Una vez más el criterio «humanitario» del TS pondera la exigencia de la no concurrencia de parientes con capacidad para prestar alimentos a beneficiarios en correspondencia con los verdaderos recursos materiales de estos parientes.

A raíz de los pronunciamientos expuestos cabe reflexionar sobre la vigencia del condicionante relativo a la ausencia de familiares con capacidad y obligación de prestar alimentos, para poder acceder a una pensión en favor de familiares. En nuestra opinión, es un requisito completamente desfasado y más propio de las leyes de «pobres» del siglo XIX que de un sistema constitucional de Seguridad Social. Resulta si cabe más gravoso el hecho de que ni tan siquiera para acceder a las prestaciones de nuestro sistema no contributivo hace falta acreditar que no exista ningún pariente con la posibilidad de prestar alimentos. Se diseña la protección de estas prestaciones como de última vía, priorizando que el beneficiario deba antes acudir a la asistencia familiar, y solo si ya no queda nadie que pueda subvenir las carencias del solicitante entonces se acepta el acceso a la pensión. Si bien la protección de estas prestaciones, como bien observa el TS, obedece más fidedignamente a un modelo asistencial, y se puede aducir que existen hoy en día prestaciones que pueden subvenir las necesidades de los potenciales beneficiarios a esta pensión (como el IMV); ello en ningún caso debe amparar que pervivan requisitos como éste más propio de modelos de sociedad muy alejados del actual.

3.3. El estado civil del solicitante como requisito para lucrar pensiones en favor de familiares

Uno de los principales requisitos que se exige para lucrar una prestación en favor de familiares es relativo al estado civil de quien la solicite, como así hemos tenido ocasión de estudiar en el apartado correspondiente al régimen jurídico. En prácticamente todos los supuestos, se exige que el futuro beneficiario se encuentre en situación de soltería, o en caso de que haya existido vínculo conyugal, que ese vínculo se haya extinguido bien mediante divorcio o bien porque haya enviudado, a la fecha del hecho causante. Además de los estados civiles «clásicos» mencionados, la LGSS añade en el actual art. 226.4 la situación legal de separación, equiparándola en derechos al resto de estados señalados, pero sorprendentemente parece que la literalidad del precepto restringe el acceso a pensión a los hermanos del causante que se encuentren en dicha situación. Por otro lado, la realidad social nos muestra que la separación además de legal, puede ser también de «hecho», en la cual los cónyuges o convivientes rompen la convivencia matrimonial o *more uxorio*, sin acudir ante la autoridad judicial o extrajudicial correspondiente. Surge a este respecto la legítima duda sobre si la antedicha separación de hecho podría ser también homologable para acceder a la prestación.

Igualmente, otra cuestión que podría plantearse es relativa a la interpretación de la concurrencia del estado civil exigido a la fecha del hecho causante. En muchos casos, los procesos derivados de crisis matrimoniales se dilatan mucho en el tiempo y puede que aun habiéndose iniciado y tramitado mucho antes del fallecimiento del sujeto causante, a la fecha de actualización de la contingencia no se hayan resuelto. Ante estas circunstancias, cabría preguntarse si se debe atender a una interpretación verdaderamente flexible en relación con los mencionados estados civiles, donde se aceptase la condición de beneficiario a quien, sin estar divorciado (sobre todo) o separado, se encuentra inmerso en un procedimiento para adquirir tal condición, o por el contrario la interpretación debe adecuarse a la literalidad de la Ley excluyendo de la condición de beneficiarios a todas aquellas personas que a la fecha del hecho causante no se encuentren en las situaciones descritas.

En relación con estas cuestiones, el Tribunal Supremo ha desarrollado una profusa jurisprudencia a lo largo de los años, de la cual vamos a examinar distintos pronunciamientos recientes en las siguientes líneas para discernir cuál es el criterio actual. Adelantamos que ambas cuestiones se suelen presentar de manera conjunta, lo cual resulta lógico teniendo en cuenta que es bastante probable que durante el desarrollo del correspondiente procedimiento de divorcio o separación legal, medie separación de hecho.

En primer lugar, vamos a examinar la STS 91/2017 de 1 de febrero²³. Se plantea el caso de una solicitante de pensión en favor de familiares en la modalidad recogida en el actual art. 226.2 LGSS, que al momento de fallecer el sujeto causante, se encontraba separada de hecho de su cónyuge, consiguiendo la separación legal posteriormente. El TS tras desglosar la normativa que rige los condicionantes para acceder a la situación de beneficiario de esta pensión, determina que de conformidad con lo dispuesto en la LGSS, el requisito relativo al estado civil de la interesada debe concurrir «necesariamente» en la fecha del hecho causante, siendo absolutamente irrelevante «que se pueda alcanzar tal requisito en fecha posterior». Por tanto, en lo relativo al acceso a la condición de beneficiario, el Tribunal Supremo despeja cualquier atisbo de duda, debiendo manifestarse el estado civil requerido en la fecha de actualización de la contingencia protegida.

Por otro lado, en consonancia con lo anteriormente expuesto el TS rechaza que la separación de hecho pueda equipararse a la legal a efectos de acceder a la pensión. La fundamentación que sostiene este criterio jurisprudencial es que «en la separación de hecho existe un vínculo conyugal con toda su potencialidad, de efectos económicos derivados del deber de mutuo auxilio o ayuda (art. 67 del Código Civil) entre cónyuges que no se produce en los mismos términos en la separación legal o separación declarada por el juez». Asimismo, se plantea la idea de que mientras la separación de

23. STS 91/2017 de 1 de febrero, nº de rec: 3007/2015 - ECLI:ES:TS:2017:836

hecho supone una crisis matrimonial «sin cualificación jurídica especial», la separación legal representa «un paso previo a la ruptura del vínculo conyugal».

Por su parte, en la STS 640/2020 de 10 de julio²⁴ se plantea una casuística de interés. En el relato fáctico se expone que una solicitante de la modalidad de pensión en favor de familiares del art. 226.2 LGSS, alrededor de un año antes de la fecha del hecho causante había iniciado un procedimiento judicial para separarse legalmente de su cónyuge, pero por dilaciones en el mismo, no se encontró efectivamente separada hasta después de la fecha de fallecimiento del sujeto causante. Ante estas circunstancias, el tribunal de suplicación entendió oportuno reconocer a la interesada el acceso a la pensión, ya que la dilación judicial no se había producido por causa imputable a ella y por el hecho de que finalmente haya existido separación judicial, lo cual pone de manifiesto que la intención de la solicitante era verdaderamente poner fin a la situación de separación de hecho. Asimismo, se constata con la mencionada separación legal la situación de falta de medios de la actora, al no persistir la obligación de socorro mutuo sobre su excónyuge.

Sin embargo, tras estudiar el caso la Sala IV rechaza cualquier rectificación sobre el criterio jurisprudencial anteriormente expuesto, manteniendo que las condiciones de acceso a las prestaciones en favor de familiares han de concurrir obligatoriamente en la fecha del hecho causante. En lo relativo a la tesis que sostiene el TSJ de que la interesada no se encontraba separada legalmente en la fecha del hecho causante por causa no imputable a ella; el TS aduce que ello sigue sin ser óbice para suavizar los requisitos de acceso a pensión pues la «actora podía desistir en cualquier momento de la demanda de separación antes de que se hubiera dictado sentencia» (si bien en este supuesto, como arguye la Sala de Suplicación, no lo llegó a hacer). El TS vuelve a insistir en que solo se puede acceder a lucrar la prestación en los supuestos de crisis matrimonial legalizada, aunque reconoce que podría ocurrir la reconciliación, porque mientras no se dé esta situación los deberes conyugales perviven y por tanto se podrían reclamar alimentos al otro cónyuge.

Esta doctrina jurisprudencial sigue en la actualidad plenamente vigente, como demuestra la reciente STS 251/2023 de 11 de abril²⁵, donde se examina un supuesto prácticamente mimético al anteriormente expuesto. En el caso en cuestión el solicitante había iniciado un procedimiento de divorcio aproximadamente un año antes de la fecha del hecho causante de la prestación en favor de familiares, pero la demora judicial había provocado que el procedimiento se hubiera dilatado en el tiempo hasta después de la fecha del hecho causante. La Sala IV reitera el criterio jurisprudencial ya expuesto para denegar el acceso a pensión, pues el requisito relativo

24. STS 640/2020 de 10 de julio, nº de rec: 1653/2018 - ECLI:ES:TS:2020:2629.

25. STS 251/2023 de 11 de abril, nº de rec: 2654/2020 - ECLI:ES:TS:2023:1380.

al estado civil debe concurrir en el momento de actualización de la contingencia y la separación de hecho no es equiparable a la separación legal.

Si bien es cierto que el criterio que mantiene el Tribunal Supremo se encuentra en plena sujeción a la legalidad vigente, no por ello está exento de crítica. En todo momento se mantiene una diferenciación de la separación de hecho respecto de la separación legal que no es tal. En la situación de separación legal, en tanto el vínculo conyugal pervive (pues solo desaparece propiamente por medio del divorcio), sigue vigente la obligación de alimentos entre cónyuges por lo que la afirmación de que el «separado de hecho» cuenta con más recursos de su cónyuge que el «separado legal» no es del todo cierta, más allá del apoyo en los deberes matrimoniales. Cosa distinta es que la situación de separación de hecho se haya excluido del acceso a la pensión en favor de familiares por una mera opción de política legislativa, más o menos respetable. De cualquier forma, como bien señalan algunos de los pronunciamientos vistos, la reconciliación podría concurrir después de la separación legal por lo que la construcción del argumento relativo a la diferencia de medios en uno y otro caso no se termina de sostener.

En lo que respecta a reunir todos los requisitos a la fecha del hecho causante, es un condicionante coherente con la dinámica del acceso a prestaciones en nuestro Sistema de Seguridad Social. Sobre este tema volveremos más adelante.

En este punto, también es interesante reflexionar sobre lo anacrónico de exigir un estado civil determinado para lucrar prestaciones de la Seguridad Social. El hecho de contraer un nuevo matrimonio no tiene porqué en sí mismo acabar con la situación de necesidad del beneficiario (o solicitante de la prestación). Parece que se delega en la otra parte de la pareja, (en base a las obligaciones que reconoce el Código Civil), la tarea de mantener a su consorte, cuando esto puede ser realmente complicado sobre todo si esa persona no dispone ni tan siquiera de recursos para mantenerse a sí misma. Tanto es así que el art. 11 de la OM 13 de febrero de 1967, en materia de pensión de viudedad, permite conservar la prestación aun contrayendo nuevo matrimonio (o formando nueva pareja de hecho) si se cumplen una serie de requisitos entre los que se encuentra el bajo nivel de ingresos de la nueva unión.

3.4. Prestaciones en favor de familiares e igualdad de género

Como se ha manifestado a lo largo del apartado introductorio, la *ratio iuris* que acompaña al diseño de las prestaciones en favor de familiares, así como su configuración y requisitos, altamente impermeables a la evolución del derecho de protección social, provocan irremediablemente que aún hoy el principal colectivo de personas beneficiarias lo representen las mujeres. Sin ánimo de resultar demasiado reiterativos en este punto, merece insistirse en que dicha diferencia no hace más que evidenciar que a pesar de los numerosos esfuerzos y avances por lograr un mayor progreso

social, todavía los cuidados en el ámbito intrafamiliar siguen siendo asumidos en gran medida por las mujeres. En estrecha relación con este desafortunado protagonismo se han planteado ante los tribunales ciertas casuísticas de indudable interés al respecto de la dinámica de acceso y lucro de este tipo de prestaciones. En el examen y resolución de estas cuestiones planteadas y en consonancia con una exégesis de la normativa que integre el principio de igualdad de trato (art. 4 LO 3/2007²⁶), se han alcanzado conclusiones novedosas, que a través de la perspectiva de género desafían los vetustos requisitos que articulan estas prestaciones en pos de la igualdad material entre mujeres y hombres. Sin mayores preámbulos, vamos a proceder en las siguientes líneas a exponer detalladamente y de manera crítica dichas resoluciones disruptivas.

3.4.1. La vejez SOVI y la pensión en favor de familiares: la STS 79/2020 de 29 de enero

Vamos a analizar la importante sentencia del TS 79/2020 de 29 de enero de 2020²⁷, donde se plantea un asunto de interés: la cuestión de si el fallecimiento de una beneficiaria de pensión de vejez del SOVI otorga el derecho a su hija a reclamar la modalidad de pensión en favor de familiares que se contempla en el art. 226.2 LGSS. Recordemos que la particularidad de la modalidad de pensión en favor de familiares que recoge el art. 226.2 reside en que el sujeto causante debe ser beneficiario de una pensión contributiva de jubilación o de IP. Pues bien, los términos del debate que se desarrolla ante nuestro alto tribunal se asientan en determinar si la pensión de vejez SOVI debe recibir el mismo tratamiento que la pensión contributiva de jubilación, en cuanto a vía de acceso para lucrar pensión en favor de familiares.

El TS tras exponer lacónicamente la normativa aplicable al asunto, alude a que existe una STS (STS 8988/1992 de 10 de diciembre²⁸) que ya se pronunció a este respecto manteniendo una interpretación restrictiva y rechazando por tanto que la pensión SOVI fuese equiparable a la pensión de jubilación contributiva a efectos de acceder a la pensión en favor de familiares. Los argumentos que esgrimió la Sala IV en ese pronunciamiento se pueden resumir en la diferencia existente entre el régimen SOVI y el Régimen General de la Seguridad Social. El tribunal consideró que como la citada modalidad de pensión fue introducida en 1972 (ya vigente el Régimen General de la Seguridad Social), aceptar que la Vejez SOVI sea fuente de acceso a la misma sería otorgarle efectos retroactivos que el legislador no optó por incluir.

26. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

27. STS 79/2020 de 29 de enero, nº de rec: 3097/2017 - ECLI:ES:TS:2020:416. Para una perspectiva adicional sobre la sentencia en cuestión, se recomienda consultar el análisis que realiza sobre la misma el profesor Baquero Aguilar en Baquero Aguilar 2020, 245-262.

28. STS de 10 de diciembre de 1992, nº de recurso: 832/1992 - ECLI:ES:TS:1992:8988.

Quizás en otras circunstancias, la sentencia hubiera concluido en este punto y se hubiera denegado el acceso a la pensión en favor de familiares a la interesada. Sin embargo, el TS entiende que después de casi treinta años, se debe revisar este criterio jurisprudencial a la luz de la evolución normativa en materia de igualdad efectiva de género entre mujeres y hombres. En contemplación de estas disposiciones normativas, aduce la Sala que el análisis no puede finalizar sin más con la distinción entre los Regímenes SOVI y General de la Seguridad Social, sino que se debe enfocar la cuestión con perspectiva de género para determinar si el impedimento de acceder a la pensión en favor de familiares del art. 226.2, cuando la causante era perceptora de una pensión de vejez SOVI, materializa una velada desigualdad entre mujeres y hombres. Para ello, se apunta un dato estadístico demoledor: casi el 90% de pensionistas de Vejez SOVI son mujeres. Por si fuera poco, el TS también asevera, citando la exposición de motivos de la Ley 9/2005 que las pensiones SOVI son las pensiones cuantitativamente más bajas del Sistema de Protección Social. Planteadas estas circunstancias, parece evidenciarse que la exclusión de las pensionistas SOVI como sujeto causante de la pensión a favor de familiares, determina un supuesto de discriminación indirecta. Supuesto el cual, como alega la Sala, no tiene justificación objetiva razonable alguna.

No obstante, si bien se confirma que existe una discriminación indirecta, ésta en principio, tal y como expone el TS afectaría al sujeto causante de la pensión, por lo que restaría por determinar si esta discriminación se extiende al beneficiario. Para ello, nuestro alto tribunal recurre a la llamada «discriminación por asociación». Ciertamente, aunque la discriminación indirecta afecte al sujeto causante, es indudable que las consecuencias negativas se extienden al posible beneficiario que pretenda lucrar pensión en favor de familiares. Es por ello, que el TS recurre a este concepto (asentado en la jurisprudencia del TJUE y algunas normas nacionales) expresando que la prohibición de discriminación no se reduce en exclusiva «a las personas en las que concurre la condición personal amparada» añadiendo que la protección debe expandirse «a quien sufra un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que concurría la situación de discriminación». Con ello concluye que no se puede impedir que una pensión de Vejez SOVI sea vía de acceso a una pensión en favor de familiares, pues lo contrario sería discriminatorio, como se ha desarrollado.

Verdaderamente, la sentencia expuesta introduce un debate interesante. Quizás puedan existir posturas doctrinales que sean contrarias al criterio del TS a este respecto, aduciendo que las alegaciones sobre discriminación poseen un sustrato fáctico endeble y que la ampliación del sistema de protección social le corresponde llevarla a término al legislador. De hecho, esta sentencia contrasta con algún pronunciamiento reciente donde la perspectiva de género queda un tanto olvidada. De cualquier forma, a título personal consideramos que los argumentos del Tribunal Supremo resultan sólidos en lo que a poner de manifiesto la existencia de discriminación se refiere. Una

vez más, la desidia del legislador deja en situación de desprotección a un colectivo ampliamente feminizado, y de manera realmente inexplicable; más aún si se tiene en consideración, como pone de manifiesto el TS, que en las pensiones de Vejez del SOVI concurrían requisitos parecidos a los que hoy se requiere para acceder a una prestación contributiva. Parece más bien una suerte de olvido que una decisión racional.

Por último, también es relevante reflexionar sobre la escasa cuantía de estas pensiones de Vejez, que a su vez influyen directamente en que la pensión en favor de familiares que se genere tenga una cuantía aún más ínfima. No está de más recordar, que para que un sistema de protección social tenga realmente esa naturaleza debe garantizar prestaciones suficientes para afrontar las coyunturas de necesidad. Más allá del permanente debate acerca de la existencia de estas prestaciones, o de su situación en el llamado «bloque contributivo», se hace urgente en un contexto de crisis económica y aumento de costes básicos, revisar y actualizar las cuantías mínimas para que sus beneficiarios puedan aspirar a llevar una vida digna.

3.4.2. Modulación del requisito relativo al estado civil cuando concurre violencia de género. La relevante sentencia 419/2023 de 13 de junio

Como hemos visto en el apartado 3.2, uno de los condicionantes que se recogen en los apartados 2 y 4 del art. 226 LGSS para poder acceder a pensión en favor de familiares hace referencia al estado civil del beneficiario, debiendo este encontrarse soltero, divorciado, viudo o en situación de separación legal a la fecha del hecho causante. Tal y como hemos señalado, una reiterada jurisprudencia excluye el acceso a la pensión para los solicitantes que en la fecha del hecho causante se encuentren separados de hecho de su pareja, aunque posteriormente tramiten legalmente su separación o se divorcien, pues se aduce que la separación de hecho no es un supuesto equiparable a la separación legal. Sin embargo, en el pronunciamiento del Tribunal Supremo que vamos a examinar en las siguientes líneas²⁹, se nos expone en el relato fáctico un caso muy particular: una solicitante de la modalidad de pensión en favor de familiares recogida en el art. 226.2 LGSS, que si bien en la fecha del hecho causante se encuentra separada de hecho de su pareja, tiene la condición de víctima de violencia de género. Vamos pues, sin mayores dilaciones, a analizar el tratamiento que da el Tribunal Supremo a esta circunstancia.

En primer lugar, tras delimitar los términos del debate planteado, nuestro alto tribunal señala (como anteriormente hemos hecho) que la separación de hecho no es un supuesto equiparable a la separación legal en lo relativo al acceso a pensiones en favor de familiares. La fundamentación es que la separación de hecho no es un supuesto de «crisis matrimonial institucionalizada» como sí lo es la separación legal, y

29. STS 419/2023 de 13 de junio, nº de rec: 1549/2020 - ECLI:ES:TS:2023:2612.

por tanto aun encontrándose en situación de separación de hecho se dispone de «medios de vida suministrados en el marco de la institución del matrimonio». A raíz de esta interpretación, lo cierto es que se podría concluir desestimando las pretensiones de la solicitante como reconoce el propio tribunal, sin embargo nos encontramos ante la particularidad de que la separación de hecho deriva de que la actora es víctima de violencia de género.

En el marco de los requisitos para acceder a prestaciones por muerte y supervivencia, la condición de víctima de violencia de género es una circunstancia muy a tener en cuenta, como ha reconocido la Sala en otros pronunciamientos³⁰. Este criterio jurisprudencial modulador de las exigencias jurídicas para el acceso a una pensión entiende el TS que resulta perfectamente aplicable al caso que nos ocupa. La interpretación de la legislación vigente con perspectiva de género obliga a no poder obviar la estrecha relación entre la separación de hecho de la actora y su situación de víctima de violencia de género. Por tanto, desde esta perspectiva y con soporte en principios informadores tan importantes como el de la igualdad de trato entre hombre y mujeres y el de protección integral a las víctimas de violencia de género, el Tribunal concluye que no sería razonable exigir a la solicitante encontrarse en situación de separación legal en la fecha del hecho causante, en consideración a sus circunstancias específicas.

Como el propio TS reconoce, en esta sentencia se extiende a las prestaciones en favor de familiares el criterio jurisprudencial acuñado en relación con la pensión de viudedad en parejas de hecho, donde se exime del requisito de la convivencia cuando media violencia de género. En esencia, el Tribunal Supremo lleva a cabo una tarea integradora de ciertas lagunas que el legislador no se ha preocupado debidamente por cubrir. En cuanto a la postura sostenida por el Tribunal, resulta lógica y coherente con la relativa a la no equiparación de separación de hecho y separación legal (más allá de la propia coherencia que en sí misma encierre esta postura). Si media una situación de violencia de género es del todo inviable e irrazonable recurrir al «auxilio» del cónyuge condenado para que preste alimentos a la víctima. Asimismo, sería bastante gravoso exigir a la víctima que solicita la pensión en favor de familiares, que se encuentre separada legalmente o divorciada en estos casos, porque la propia urgencia y relevancia del procedimiento penal a tal efecto, puede haber postergado la cuestión relativa al estado civil.

3.4.3. La interpretación del requisito de convivencia con el causante con perspectiva de género. La sentencia del TSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 13 de marzo de 2020

La exigencia al solicitante de haber convivido con el sujeto causante, y a su cargo, durante al menos los dos años anteriores al fallecimiento podríamos catalogarla

30. STS 908/2020 de 14 de octubre, nº de rec 2753/2018 - ECLI:ES:TS:2020:3486.

de común para todos los supuestos de pensión en favor de familiares que regula nuestro ordenamiento. Ello lo confirma el art. 40 del vetusto Reglamento General de Prestaciones Económicas de 1966 y la remisión que hace a éste el art. 5 del Decreto 1646/1972.

A nivel jurisprudencial, al respecto de este requisito, el TS no parece haberse pronunciado demasiadas veces sobre el mismo, destacando, entre otras, la STS de 9 de febrero de 1985 que reflexionando acerca de la convivencia requerida afirma que se debe de superar la literalidad del término, evitando valorar exclusivamente la cohabitación física, debiendo de tenerse en consideración más bien «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 lo concerniente a los Tribunales Superiores de Justicia, sí que existe una profusión mayor de sentencias al respecto del requisito de convivencia. Al respecto del mismo, y en línea con la acepción amplia del término convivencia que maneja el Tribunal Supremo, se ha entendido acreditado por diversas Salas de suplicación el mencionado requisito cuando el causante, a causa de su delicado estado de salud, ingresa en una residencia o centro de mayores, siendo imposible que en esos casos se materialice la convivencia física³¹.

De cualquier forma, dentro de los pronunciamientos de los TSJ sobre esta cuestión, debemos dirigir nuestra atención a la STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 13 de marzo de 2020³² por su significativa influencia sobre la consideración del requisito de convivencia. En los antecedentes de la misma se nos expone que el INSS denegó el acceso a pensión en favor de familiares a una solicitante porque no se entendía acreditada la convivencia con la causante de la misma. Este alegato lo fundamentaba la Entidad Gestora en que causante y solicitante aparecían empadronadas en domicilios distintos, si bien dentro del mismo edificio de viviendas, encontrándose una vivienda encima de la otra. Asimismo, consta en los hechos probados que la solicitante convivía con su hijo de diecinueve años de edad.

La cuestión llega al TSJ, el cual recuerda en primer lugar, apoyándose en datos estadísticos, la excesiva «feminización» de las prestaciones en favor de familiares. A partir de ello, razona sobre la necesidad de extremar las cautelas al momento de abordar casos como éste, con el fin de evitar interpretaciones o impactos dañinos con los derechos humanos de las mujeres. Asimismo, el tribunal menciona el criterio de discriminación indirecta que contempla el TJUE, y que fue empleado por el TS en la STS

31. Por todas STSJ Madrid 190/2022 de 9 de marzo, nº rec: 65/2022- ECLI:ES:TSJM:2022:2871.

32. STSJ Islas Canarias (Las Palmas) 381/2020 de 13 de marzo, nº rec: 1400/2019- ECLI:ES:TSJICAN:2020:110. En «Prestaciones familiares, 'convivencia' y perspectiva de género. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 13 de marzo 2020 (rec. 1400/2019)», de 27-4-2020 hay un interesante comentario sobre esta sentencia realizado por la propia magistrada ponente (Ilma. Sra. Dña. Glòria Poyatos i Matas).

de 29 de enero de 2020 como ya tuvimos ocasión de examinar. Tras exponer de manera pormenorizada la normativa aplicable al caso, la Sala de suplicación se centra en la controversia jurídica existente, la cual no es otra que determinar la interpretación que debe hacerse del requisito de convivencia para acceder a la pensión. Para abordar tan significativa labor, el tribunal acude a diferentes criterios de interpretación consagrados en nuestro ordenamiento jurídico:

- desde la perspectiva literal, y con expresa referencia a la RAE se indica que el «requisito de convivencia aparece desnudo sin condicionarse a un domicilio único o a un empadronamiento común».
- Desde la perspectiva sistemática, se mencionan derechos constitucionales como el de la intimidad (art. 18 CE), aseverando que en la sociedad actual «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».
- Por último desde el punto de vista teleológico, el TSJ recuerda la finalidad de las prestaciones en favor de familiares para subvenir la «situación de cualificada necesidad en razón a la pérdida del causante de la prestación, cuyos ingresos venían a constituir el sustento de la familia».

Asimismo, en consonancia con todo lo anterior se señala la línea flexible y humanizadora del concepto de convivencia que sigue el Tribunal Supremo, admitiendo que no resulta necesaria la cohabitación física con el causante.

Una vez establecido tanto el «impacto de género» de las prestaciones en favor de familiares, como los flexibles criterios jurisprudenciales y hermenéuticos sobre la exigencia de convivencia con el causante, el TSJ defiende la necesidad de emplear la perspectiva de género para valorar la controversia jurídica descrita. En este caso, si bien no se puede acreditar que la solicitante conviva en el mismo domicilio que su progenitora, sí que se certifica que se ha dedicado al cuidado de la misma de manera continuada en el tiempo, teniendo en cuenta además la proximidad entre las viviendas. En este punto, la Sala entiende que sería contrario al «componente claramente social, humano y asistencial» del requisito interpretarlo de manera rigorista. Asimismo, aduce el tribunal que se debe tener en consideración el hecho de que la solicitante convivía con su propio hijo que también necesitaba de asistencia durante su crianza, por lo que una interpretación exacerbadamente inflexible del requisito de convivencia «opacaría» esta labor de la solicitante en el cuidado doméstico continuado de su propia madre por un lado y su hijo por otro. Por todo ello, el TSJ termina estimando la pretensión de la solicitante.

En consonancia con esta sentencia y la modulación del requisito de convivencia a través de la perspectiva de género, se ha pronunciado en Sentencia de 11 de julio

de 2024 el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada)³³. En el caso examinado, la actora estaba empadronada en un domicilio contiguo al de su progenitor y propiedad de éste. A pesar de la inexistencia de cohabitación física, la sentencia manifiesta que queda acreditado que la solicitante le prestaba un cuidado personal y directo al causante, derivando de ello una vez más el hecho de que el reconocimiento no está estrictamente supeditado a la convivencia material.

Esta línea doctrinal pone de manifiesto la importante labor interpretativa y de adecuación de la normativa aplicable a la realidad social actual que realizan los tribunales. Si bien es cierto que en nuestra opinión, el requisito relativo a la convivencia con el sujeto causante se puede ligar tanto a demostrar la dependencia económica del mismo, como la dedicación y cuidados del solicitante; ello no impide observar que actualmente no tiene sentido mantener una interpretación formalista sobre el mismo. En la línea de la pretérita jurisprudencia del TS sobre la cuestión, no se puede mantener la relevancia de la coexistencia física para lucrar la prestación, cuando lo verdaderamente importante es la esencial –y muchas veces invisibilizada– labor de apoyo y cuidado que realiza el beneficiario en relación con el causante y la abrupta situación de desamparo en la que queda tras el fallecimiento del mismo. Por último, difícilmente se puede ignorar la influencia de la perspectiva de género en la sentencia analizada. Aunque ciertamente el requisito de la convivencia ha sido flexibilizado, como hemos señalado, por otros TSJ; la trascendencia de este caso radica en la consideración de la situación de desigualdad en el acceso a la prestación en la que podrían quedar muchas mujeres, como principales perceptoras, si se interpreta el requisito de la convivencia de manera rigurosa e inflexible. Por tanto (y a nuestro parecer de manera muy apropiada), la sentencia no se limita a observar las prescripciones legales y los criterios jurisprudenciales sobre la cuestión controvertida para resolver, sino que profundiza en el objeto del litigio para valorar el impacto de género que podría tener el sentido del fallo.

3.4.4. La edad de la beneficiaria en el acceso a la pensión en favor de familiares del art. 226.2 LGSS. La sentencia del TSJ de Madrid de 27 de marzo de 2023

Como hemos tenido ocasión de estudiar en el apartado relativo al régimen jurídico de estas prestaciones, una de las exigencias para acceder a la pensión en favor de familiares que contempla el art. 226.2 LGSS, es que el beneficiario sea mayor de cuarenta y cinco años. Sobre este particular, el Tribunal Supremo lo único que ha venido sosteniendo recientemente, como así hemos expuesto en el apartado relativo al estado civil, es que los requisitos para el acceso a la pensión deben de concurrir a la fecha

33. STSJ Andalucía (Granada) 1559/2024 de 11 de julio, nº rec: 1045/2023-ECLI:ES:TS-JAND:2024:11552

del hecho causante, como así se recoge en el art. 5 del Decreto 1646/1972, no pudiendo por tanto el posible beneficiario solicitar la pensión cuando cumpla los cuarenta y cinco años, si el fallecimiento de su pariente ha acaecido antes de ese evento.

Sin embargo, en el ámbito de la doctrina judicial de suplicación sobre esta exigencia, existe una reciente sentencia del TSJ de Madrid que se separa completamente del criterio del Tribunal Supremo. Concretamente, nos referimos a la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2023³⁴, en cuyo relato fáctico se expone que el INSS había denegado el acceso a la pensión en favor de familiares del art. 226.2 LGSS a una solicitante, por no tener cumplida la edad de cuarenta y cinco años en la fecha del hecho causante. Por su parte, la solicitante reclama alegando que le faltaban cuarenta y tres días para cumplir esa edad en el momento del hecho causante (alcanzando la edad exigida en el año natural del fallecimiento), y que la regulación legal nada menciona sobre el momento en el que debe concurrir tal edad y que la regulación que se recoge en los decretos preconstitucionales es *ultra vires*.

El TSJ comienza aduciendo que si bien nada dice la regulación legal acerca del momento en el que se debe tener la edad de cuarenta y cinco años, el art. 5 del Decreto 1646/1972 salva esta omisión señalando que debe concurrir «al tiempo del fallecimiento del causante», y contrariamente a lo que argumenta la solicitante no hay motivos que discutan la vigencia de este Decreto preconstitucional.

El siguiente motivo que se examina por la Sala, y el principal de este caso, es la falta de cuarenta y tres días para alcanzar los cuarenta y cinco años en la fecha del fallecimiento de su progenitor. La solicitante sostiene a este respecto que la interpretación de esta exigencia se debe hacer de manera flexible y con perspectiva de género cuando la beneficiaria es una mujer, pues aún hoy son «mayoritarias en los cuidados de mayores» cifrando estadísticamente esta circunstancia en un 70%. Por todo ello, entiende que se deben rechazar interpretaciones mecánicas y rigoristas para evitar la discriminación indirecta.

El TSJ tras examinar la profusión de pronunciamientos del Tribunal Supremo donde se invoca la perspectiva de género como criterio a emplear a la hora de juzgar las diferentes cuestiones que se le someten, concluye que en este caso el requisito de la edad no puede contemplarse de manera aislada. Por medio de una interpretación «teleológica, sistemática, en clave constitucional y con perspectiva de género», se indica que no pueden poseer un valor «decisorio» para el acceso a la prestación vitalicia, los escasos días que le faltaban a la solicitante para cumplir la edad exigida. Por tanto, la mayoría de la Sala falla a favor de la pretensión de la solicitante.

No obstante, cabe resaltar que existe un voto particular en la sentencia, en el cual el magistrado que lo formula, aparte de alegar que no existen datos que corroboren la

34. STSJ Madrid 318/2023 de 27 de marzo, nº rec: 1039/2022- ECLI:ES:TSJM:2023:3318

estadística aportada por la solicitante, aduce en esencia tres argumentos para distanciarse del parecer mayoritario de la Sala de suplicación:

- en primer lugar, señala que la edad de cuarenta y cinco años impuesta por el legislador para el acceso a la pensión, se justifica razonablemente en las evidenciadas dificultades de las personas que cumplen esta edad para acceder al mercado laboral.
- En segundo lugar, entiende que la clara literalidad del art. 5 del Decreto 1646/1972 no puede superarse mediante la interpretación con perspectiva de género, pues se crearía una situación de inseguridad jurídica derivada de la dificultad y subjetividad que entrañaría determinar con cuántos días, meses o años por debajo de la edad de cuarenta y cinco años se podría acceder a la prestación.
- Por último hace referencia a las sentencias de otros TSJ que contemplan que este requisito en particular no puede ser objeto de una interpretación flexible.

Con respecto al argumento final del magistrado, caben destacar algunos pronunciamientos recientes que contradicen la posición mayoritaria del TSJ de Madrid. Entre ellos podemos destacar la sentencia del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 24 de julio de 2020³⁵, donde se desestima la pretensión de una solicitante, que asimismo era menor de cuarenta y cinco años en la fecha del hecho causante y argumentaba que el requisito de la edad resultaba discriminatorio. En este supuesto el TSJ rebate que no hay discriminación, pues «a tales efectos la discriminación proscrita por nuestra Constitución no es la diferencia de trato por cualquier circunstancia o condición personal o social, sino únicamente aquélla que carece de justificación objetiva y razonable, como puede ser por la concurrencia, en función de la edad, de una distinta situación de necesidad de protección, necesidad de protección para las personas mayores de 45 años en cuanto que la posibilidad de reanudación de una vida profesional abandonada para dedicarse al cuidado de sus padres resulta notablemente más difícil para las personas de mayor edad, pues es notoria esa mayor dificultad cuanta mayor sea la edad del trabajador, lo que comporta la razonabilidad de esa diferencia de trato».

Como hemos puesto de manifiesto a lo largo del artículo, las prestaciones en favor de familiares se encuentran altamente feminizadas, e injustificadamente aun en la actualidad son predominantemente las mujeres las que asumen la responsabilidad principal en los cuidados de personas mayores y familiares. Ante ello, resulta claro que la perspectiva de género es un criterio fundamental que el juzgador debe de tener en cuenta al momento de examinar la cuestión que se le plantea. Sin embargo, en este

35. STSJ Andalucía (Sevilla) 2587/2020 de 24 de julio, nº rec: 913/2019-ECLI:ES:TSJAND:2020:9862

caso nos adscribimos a lo que se argumenta en el voto particular de la sentencia del TSJ de Madrid. El hecho de interpretarse el requisito de la edad de acceso a la prestación de manera flexible supone el riesgo de caer en profundas arbitrariedades pues no existe fundamento que sustente cuantos días —o meses o incluso años— por debajo de cuarenta y cinco años merecen la calificación de «escasos» para poder lucrar el derecho a pensión. Por otra parte, si bien la sentencia hace una importante remisión a diferentes pronunciamientos del Tribunal Supremo relacionados con la perspectiva de género, no se justifica a nuestro entender de manera suficiente, dónde está la discriminación en el requisito relativo a la edad. Porque si el argumento se basa en que la mayoría de perceptoras de la prestación son mujeres (y relacionado con ello que la mayoría de cuidadoras en el ámbito doméstico son también mujeres), todos los requisitos de acceso a la prestación podrían tener un cariz discriminatorio y merecerían por lo tanto ser modulados.

De cualquier manera, deberemos estar atentos pues es más que probable que la cuestión acabe llegando al Tribunal Supremo.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Baquero Aguilar, Jorge (2020), De Las Prestaciones en favor de familiares cuando su causante era beneficiario de una pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez: «La cuestión de género» como elemento clave para la revisión de la doctrina del Tribunal Supremo, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm 153, 245-262.
- Blasco Lahoz, José Francisco; López Gandía, Juan (2023), *Curso de Seguridad Social*, 15ª ed., Tirant Lo Blanch.
- Blasco Lahoz, José Francisco (2017), Las prestaciones a favor de familiares: una protección contributiva sujeta a carencia de rentas, *Trabajo y derecho: una nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm 27, pp. 25-43.
- Carrasco Perera, Ángel; Ureña Martínez, Magdalena (2024), *Lecciones de Derecho Civil: Derecho de Familia*, 8ª ed., Tecnos.
- Castro Argüelles, María Antonia (1998). *Prestaciones de Seguridad Social en Favor de Familiares*, Madrid La Ley-Actualidad.
- González Ortega, Santiago (1999), Las prestaciones en favor de otros familiares, en “Seguridad Social y familia” (Coord. González Ortega), *La Ley*, pp. 157-194.
- López Terrada, Eva (2024), Muerte y supervivencia, en AAVV “Derecho de la Seguridad Social” (Dir. Roqueta Buj y García Ortega), 13ª ed., Tirant Lo Blanch, pp. 510-516
- Monereo Pérez, José Luis; Molina Navarrete, Cristóbal; Quesada Segura, Rosa; Moreno Vida, María Nieves; Márquez Prieto, Antonio; Maldonado Molina, Juan Antonio (2024), *Manual de Seguridad Social*, 20ª ed., Tecnos.

- Poyatos Matas, Glòria (2020), Prestaciones familiares, «convivencia» y perspectiva de género. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 13 de marzo 2020 (rec. 1400/2019), CEF Laboral Social, 27 de abril de 2020, <https://www.laboral-social.com/prestaciones-familiares-convivencia-perspectiva-genero-cometario-gloria-poyatos-matas-stsj-canarias-13-marzo-2020-recurso-1400-2019.html>
- Rodríguez Iniesta, Guillermo (2009), Las prestaciones por muerte y supervivencia: viudedad, orfandad y favor de familiares, *Laborum*, pp. 293-309.
- Sastre Ibarreche, Rafael (1996), Protección por muerte en el Régimen General de la Seguridad Social: la necesidad de una reforma, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm 39, pp. 3-55.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

— TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— STC 3/1993 de 14 de enero

— TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 27 de marzo de 2015
- STS de 15 de octubre de 2015
- STS de 1 de febrero de 2017
- STS de 29 de enero de 2020
- STS de 13 de junio de 2020
- STS de 10 de julio de 2020
- STS de 14 de octubre de 2020
- STS de 12 de julio de 2022
- STS de 11 de abril de 2023
- STS de 13 de junio de 2023

— TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 13 de marzo de 2020
- STSJ de Andalucía (Sevilla) de 24 de julio de 2020
- STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2023
- STSJ de Galicia de 26 de junio de 2024
- STSJ de Andalucía (Granada) de 11 de julio de 2024