

Prestaciones familiares, «convivencia» y perspectiva de género

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 381/2020, de 13 de marzo](#)

Glòria Poyatos i Matas

Magistrada especialista de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas)

El enfoque jurídico para abordar la cuestión de género en el derecho no ha de ser el de la identidad-diferencia entre mujeres y hombres, sino la jerarquía. Primero está la opresión, la subordinación y después, consecuentemente, las diferencias.

Catherine Mackinon

1. Marco normativo. Prestaciones a favor de familiares

Las prestaciones en favor de familiares tienen su regulación en el [artículo 226 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS). De otro lado, el [artículo 5 del 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, y el [artículo 40 del Reglamento general](#), aprobado por el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, lo completan, fijando, en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia con el causante de, al menos, 2 años, con antelación al fallecimiento. También la Orden ministerial 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, enumera en su [artículo 22](#) quiénes son los beneficiarios de la pensión a favor de familiares, contemplando tres grupos de familiares y sus requisitos.

Cómo citar: Poyatos i Matas, G. (2020). Prestaciones familiares, «convivencia» y perspectiva de género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 381/2020, de 13 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 447, 200-206.

En correspondencia con esta prestación promotora de los cuidados familiares, desde el Código Civil, los [artículos 142 y siguientes](#) nos recuerdan la obligación de cónyuges, ascendientes y descendientes de prestarse alimentos y el deber de prestarse «auxilios necesarios para la vida» que se deben hermanos/as.

Por último, en su [artículo 39](#), la Constitución española (CE) obliga a los poderes públicos a asumir la protección familiar en el triple aspecto social, económico y jurídico.

Centrando nuestra atención en la modalidad contenida en el párrafo segundo del [artículo 226 de la LGSS](#), los requisitos acumulativos para acceder a esta prestación contributiva derivada de muerte y supervivencia son, resumidamente, los siguientes:

- Ser hijos/as o hermanos/as de las personas beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación o incapacidad permanente.
- Ser mayor de cuarenta y cinco años y soltera/o, divorciada/o viuda/o.
- Haber convivido con el causante y a su cargo, al menos con 2 años de antelación al fallecimiento del causante.
- Acreditar dedicación prolongada al cuidado de la persona causante.
- Carecer de medios propios de vida.

2. Relato fáctico: hechos relevantes

Por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) se denegó a la demandante el derecho al cobro de estas prestaciones con base en el [artículo 226.2 a\) de la LGSS](#), «por no haber convivido con el causante y a su cargo». La sentencia de la instancia desestimó la demanda planteada por la actora reiterando el criterio del INSS, con base en que la actora, aun viviendo en la misma calle y número de edificio que su madre y causante, no obstante, lo hacía en el piso 2.º, mientras que su madre vivía en el piso 1.º. 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 [...]. Por lo tanto no se acredita convivencia en el mismo domicilio, sino solo cercanía, por lo que ha de desestimarse la demanda.

Estos son los hechos relevantes:

- La actora, nacida el 8 de septiembre de 1968, es hija de pensionista de incapacidad permanente, fallecida el 27 de marzo de 2018.

- El INSS le denegó el acceso a las prestaciones en 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 XXXX, piso 2.º, y su madre en XXXX, piso 1.º. Por esta razón, domicilios diferentes, usted no reúne el requisito de convivencia con el causante y a sus expensas, al menos con 2 años de antelación al fallecimiento.

- La actora, divorciada, figura empadronada, junto a su hijo de 19 años de edad, en el piso 2.º de domicilio de Gran Canaria desde el año 1996.
- La causante figuraba empadronada desde 1996 en el mismo domicilio de la actora, en el piso 1.º.

3. Claves del razonamiento jurídico. Interpretación de la norma sustantiva. Requisito de «convivencia»

La sala canaria, sin alterar el relato fáctico, llega a una opinión divergente desde un análisis jurídico finalista y con perspectiva de género.

La controversia jurídica se cierne exclusivamente sobre la interpretación que debe darse al requisito de «convivencia» para tributar la prestación 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, entendiéndolo el INSS que no se cumple porque la demandante y la causante se hallaban empadronadas en pisos diferentes, a pesar de compartir el mismo edificio.

3.1. Impacto de género de la prestación

Las prestaciones en favor de familiares tienen un impacto de género incuestionable. La [sentencia comentada](#) se hace eco de los datos estadísticos del INSS (accesibles a través de la aplicación eSTADISS desde la página web <www.seg-social.es>), poniendo de relieve que, a fecha 1 de diciembre de 2018, el número total de personas receptoras 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 incuestionable mayoría femenina, que en porcentajes son el 69,44 % en 2018 y el 68,57 % en 2019.

Los datos expuestos nos revelan el impacto de género que tienen las prestaciones que se abordan, la mayor vulnerabilidad femenina vinculada a la práctica de cuidar familiares 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. Se invoca a este respecto la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 79/2020, de 29 de enero, que también destaca este impacto desproporcionado de las prestaciones familiares, en coherencia con la feminización de la práctica de cuidar.

3.2. Criterios interpretativos

El tribunal canario realiza un completo análisis interpretativo del concepto controvertido.

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, se recuerda que la finalidad de las pensiones 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 de febrero de 1995), lo que también se puso de relevancia en la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1993, de 14 de enero¹.

Esa finalidad asistencial llevó a la jurisprudencia (STS de 20 de marzo de 1985 –rec. 355/1984–) a matizar la interpretación del requisito de convivencia, superando la

¹ En la Sentencia 3/1993, de 14 de enero (FJ 4.º), se recoge literalmente:

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 [...].

literalidad de la palabra, 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 impedida².

3.3. Interpretación del requisito «convivencia» con perspectiva de género

Una vez detectado el impacto de género que tiene la prestación, el tribunal integra la perspectiva de género en la interpretación del concepto analizado, por ser ello una obligación legal en casos como el presente, en el que se involucran relaciones asimétricas de género, aun cuando las partes no lo soliciten expresamente³.

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 (art. 117 CE). Tal afirmación se encadena con la existencia de un amplio derecho antidiscriminatorio, con amparo constitucional en el artículo 14 de la CE en conexión con el artículo 9.2 de la CE, y se halla normativizado en los artículos 4 y 15 de la LOIEMH, que debe desplegarse en tres fases judiciales concretas, entre las que se incluye la interpretación de las normas sustantivas.

Se recuerda que 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.

² En este sentido se ha pronunciado el TS en la [Sentencia de 20 de marzo de 1985 \(rec. 355/1984\)](#), 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 más 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 (Sentencias de 9 de febrero de 1971, 29 de enero y 4 de abril de 1974).

³ Según se recoge literalmente en la sentencia comentada:

[...] a tenor de lo previsto en los arts. 1, 10.2.º, 9.2.º, 14 y 96 de la Constitución española, arts. 5.1.º, 7.1.º y 2.º 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), 11.1.º 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.

- 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 lo ha hecho, o laguna axiológica, evitando determinados efectos perversos.

4. Aplicación de los criterios interpretativos al caso concreto

En el caso sentenciado quedó probado que la demandante había venido cuidando y atendiendo las necesidades vitales de su madre mientras vivía y lo requería, pues así se recoge en la fundamentación jurídica de la sentencia de la instancia.

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 deben 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 (1.^a y 2.^a) del mismo edificio, madre e hija, no puede servir para que con base en criterios rigoristas se niegue el acceso de la hija cuidadora a la pensión solicitada, pues la actora convivía en el piso superior con su hijo de 19 años, que también ha requerido cuidados durante su crianza por parte de la hija de la causante, que también es madre. 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 mediante una denegación mecánica de estas pensiones asistenciales, lo que se traduce en una limitación o, en el peor de los casos, impedimento en el acceso a la justicia de las mujeres cuidadoras, que son estadísticamente quienes sostienen el trabajo que da la vida (los cuidados). Baste recordar aquí el reciente informe elaborado a nivel mundial por la ONG Oxfam Intermón: *Tiempo para el cuidado: el trabajo de cuidados y la crisis global de desigualdad*, que cuantifica en 12.500 millones de horas diarias el trabajo de cuidar no remunerado, que equivale a 1.500 millones de personas trabajando 8 horas diarias sin salario y una contribución económica de 10,8 billones de dólares anuales. También se concluye que no hay ningún lugar del mundo donde los hombres se encarguen de un volumen de trabajo de cuidados superior al de las mujeres.

La sentencia comentada es relevante por integrar la perspectiva de género en el análisis jurídico del requisito de «convivencia» exigido en el [artículo 226.2 a\) de la LGSS](#), con base en el impacto desproporcionado de género de las prestaciones en favor de familiares en correspondencia con la feminización de los cuidados. Ello no es una opción de quien juzga,

sino una obligación legal en virtud del principio internacional de diligencia debida, que debe desplegarse ante la situación de marginalidad real o potencial en la cual se puedan encontrar, mayoritariamente, las mujeres. Juzgar con perspectiva de género es una hermenéutica jurídica correctora que ayuda a comprender las causas de las desigualdades estructurales entre mujeres y hombres y a trazar estrategias jurídicas que permitan detectar, corregir y compensar situaciones desiguales de género. El objetivo es lograr la igualdad (de resultado) entre ellas y ellos.

Las prestaciones cuestionadas tienden a remediar la situación de necesidad padecida por persona (mayoritariamente mujeres) tras dedicar un tiempo de su vida a los cuidados de otra (pensionista) con la que mantiene vínculos familiares cercanos. Ello debe llevarnos a flexibilizar la interpretación del requisito legal de convivencia, más allá de una estricta cohabitación física, pues la finalidad de estas prestaciones, vinculadas a la convivencia y el cuidado, tiene un componente social, humano y asistencial que se diluiría en una interpretación mecánica.

Por ello, la sentencia comentada integra la igualdad como valor, en la interpretación del requisito «convivencia», para evitar efectos perversos que pueden limitar el acceso a la justicia de las mujeres, como sostenedoras del trabajo que da la vida y perceptoras (mayoritarias) de las prestaciones a favor de familiares.