



Roj: **STSJ GAL 491/2023 - ECLI:ES:TSJGAL:2023:491**

Id Cendoj: **15030340012023100396**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **09/02/2023**

Nº de Recurso: **2191/2022**

Nº de Resolución: **779/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **RAQUEL MARIA NAVEIRO SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

A CORUÑA- SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO-M

SENTENCIA: 00779/2023

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

NIG: 32054 44 4 2021 0002263

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002191 /2022-M

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000553 /2021

Sobre: VIUEDAD

RECURRENTE/S D/ña INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PROCURADOR: , **GRADUADO/A SOCIAL:** ,

RECURRIDO/S D/ña: Dolores **ABOGADO/A:** MANUEL ANTONIO FERNANDEZ ALVAREZ

PROCURADOR: CARMEN AUGUSTO FERNANDEZ **GRADUADO/A SOCIAL:**

ILMOS/AS. SRS/AS. MAGISTRADOS D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA

Dª PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR

Dª RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A Coruña, a nueve de febrero de dos mil veintitrés.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación N° 2191/2022, formalizado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N° 4 de Ourense en el Procedimiento N° 553/2021, seguidos a instancia de DÑA. Dolores representada por la Procuradora Dª Carmen Augusto Fernández y asistida del Letrado D. Manuel Antonio Fernández-Mazzola Álvarez, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dª RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dña. Dolores presentó demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha doce de enero de dos mil veintiuno.

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- La actora solicitó pensión de viudedad el 14 mayo 2020, por el fallecimiento de D. Romulo , que fue denegada por resolución de fecha de salida 28 abril 2021 "por no ser o haber sido cónyuge del fallecido, no existiendo imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento, según lo establecido en la disposición adicional décima número 2 de la ley 30/1981 de 7 de julio, en relación con el artículo 219 y 220 de la Ley General de la Seguridad Social (...). Por no haberse constituido formalmente como pareja De hecho con el fallecido al menos 2 años antes del fallecimiento, de acuerdo con el artículo 200212 de la Ley General de la Seguridad Social" (folio 161 vuelto). Presentada reclamación previa el 11 mayo 2021, fue desestimada por resolución de 2 junio 2021, del siguiente tenor literal (folio 163): "Examinado su escrito de reclamación previa sobre pensión de viudedad, la documentación que usted presentó y la incorporada al expediente, teniendo en cuenta los siguientes Hechos: Primero.- Solicita pensión de viudedad el día 14 de mayo del 2020 por el fallecimiento de don Romulo ocurrido el 29/02/2020. Segundo.- Manifiesta que su estado civil es el de soltera y el del fallecido casado. Tercero.- Manifiesta que venían conviviendo desde hace muchos años, aunque cesa la convivencia en el año 2000 por un episodio de violencia domestica. Acredita hijos en común con el fallecido. Cuarto.- El 27/04/2021 se emitió la correspondiente resolución denegatoria por no ser o haber sido cónyuge del causante y por no haberse constituido formalmente como pareja de hecho.

Quinto.- En fecha 11/05/2021 presenta reclamación previa solicitando la pensión de viudedad. Sexto- No consta su matrimonio ni la constitución formal de una pareja de hecho con el fallecido. Séptimo.- La base reguladora para las prestaciones de muerte y supervivencia es de 818,93 € y la prorrata a cargo de España del 11,24%. Los efectos económicos de 01/03/2020. La valoración jurídica de los hechos expuestos es la siguiente: Primero.- De acuerdo con el artículo 221 del Texto Refundido de la LGSS, aprobado por Real Decreto Legislativo 812015 de 30 de octubre (BOE del 31), en los casos de encontrarse unido al causante formando una pareja de hecho, se establecen los requisitos que se enumeran a continuación: 1) Fallecimiento posterior a 01/10/2008. 2) Que formara una pareja de hecho con el causante, en la fecha de su fallecimiento (estando inscritos en un registro de pareja de hecho o haber formalizado documento público en el que figure la constitución de la pareja de hecho con una antelación mínima de dos años a la fecha del fallecimiento). 3) Acreditar convivencia ininterrumpida con el causante de, at menos, los cinco años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, no hallandose impedidos para contraer matrimonio, y que no tengan vincula matrimonial con otra persona 4) Que los ingresos del solicitante no alcanzaran el 50 % de la suma de los propios y los del causante, o el 25 % si no existieran hijos comunes. Si las circunstancias económicas no se encontraran entre los supuestos anteriores, tendria que acreditar que sus ingresos resultan inferiores a 1,5 veces el importe del SMI vigente en el momento del hecho causante, requisito que debe concurrir también durante el periodo de percepción de la pensión. El limite se incrementará en 0,5 veces la cuantfa del SMI por cada hijo comOn con derecho a pension de orfandad que conviva con el sobreviviente. Segundo.- Las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, las de fecha 20 de julio de 2010, 3 de n Mayo de 2011, 15 de junio de 2011, 23 de junio de 2015, 21 de julio de 2016, 08 de noviembre de 2016, y 12 de diciembre de 2017 interpretan la exigencia que contiene la norma en orden a acreditar la propia existencia de la pareja de hecho y no la de convivencia, considerando los dos requisitos simultáneos para que el miembro supérstite de la pareja de hecho pueda obtener la pensión de viudedad: a) el material de convivencia estable e ininterrumpida durante cinco años y b) el formal de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de "análoga relación de afectividad a la conyugal" con dos años de antelación at hecho causante. Es decir, refleja



la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión a las parejas de hecho regularizadas. Tercero.- La sentencia 40/2014, de 11 de marzo de 2014, del Tribunal Constitucional prevé que, salvado el requisito de convivencia exigible con carácter general "a consideración de pareja de hecho y su acreditación deberá realizarse mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante la formalización en documento público". Esta Dirección Provincial, considerando los hechos expuestos y la valoración jurídica realizada, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 15, en relación con el artículo 1, del Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre (BOE del 3 de enero de 1997), de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social, Resuelve: Desestimar la reclamación previa presentada por usted contra la denegación de la pensión de viudedad solicitada por el fallecimiento de don Romulo, al no estar acreditado el requisito formal de constitución de la pareja de hecho con dos años de antelación al fallecimiento y tampoco existe convivencia en los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento y tampoco están justificados los ingresos. Por otra parte, si el causante estaba casado con otra persona estaba impedido para formalizar una pareja de hecho. La mera convivencia no da lugar a causar una pensión de viudedad. No es de aplicación, el acceso a la pensión de viudedad como víctima de violencia de género pues requiere relación matrimonial previa o unión como pareja de hecho y ninguno de dichos supuestos se dan entre usted y el causante". - SEGUNDO.- D. Romulo falleció el 29 febrero 2020 (folio 65), habiendo estado casado con Dña. Violeta . (folio 67 vuelto), que divorciada del causante, falleció el 29 abril 2009 (folio 193). - TERCERO.- La actora presentó denuncia por violencia de género contra el causante el 16 enero 2013 (folio 92) y por Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Laviana de 17 enero 2013 se dictó orden de protección integral de la actora contra el causante, con orden de alejamiento y prohibición de comunicación (folio 101 y ss.). - CUARTO.- Por Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Laviana de 17 enero 2013 se acordó el internamiento urgente y forzoso del causante en hospital psiquiátrico (folio 96). Por Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Langreo de 16 diciembre 2014 el causante fue absuelto del delito de lesiones en el ámbito familiar (folios 354 y ss.). - QUINTO.- La actora y el causante tuvieron un hijo, D. Benigno, siendo declarada la paternidad del causante por Sentencia del JPI nº 8 de Oviedo de 30 marzo 2017 (folios 90 y ss.). - SEXTO.- La actora percibe una pensión de Alemania en cuantía de 812,54 euros mensuales (folios 194 a 201)."

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que debo estimar y estimo la demanda presentada por Dña. Dolores y en virtud de ello declaro el derecho de la actora a pensión de viudedad con una base reguladora de 818,93, euros, prorrateada a cargo de España del 11,24% y fecha de efectos de 1 marzo 2020 y condeno al INSS y TGSS a estar y pasar por ello con sus efectos."

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la representación procesal de Dña. Dolores .

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en este T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL en fecha 21/03/2022.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora presenta demanda contra la parte demandada, INSS y TGSS en la que tras hacer las alegaciones que tiene por oportunas termina solicitando que se dicte sentencia " *estimatoria de la demanda por todos o alguno de los argumentos expresados en el cuerpo de este escrito (Ser pareja de hecho inmemorial del causante; tener descendencia con él; convivir como unidad familiar; no estar acreditada la constitución de pareja de hecho 2 años antes del fallecimiento del causante por ser imposible poder constituirlo a causa del estado mental del causante mucho antes de esos dos años por lo que debe quedar eximida de ese requisito la actora; no existir convivencia en los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento por impedirlo el episodio de violencia de género seguido en DP-PA 81/2013 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Laviana y las Órdenes Médico Forenses- Fiscales y Judiciales dictada en él, no pudiendo exigirse ese requisito de imposible cumplimiento a la actora; reuniendo la actora - en todo caso los datos económicos limitativos de 50% a 25% entre los ingresos de la solicitante y causante); teniendo igualmente derecho a la pensión de viudedad - la actora- por aplicación analógica del art. 174.2 LGSS de la forma argumentada en la demanda - como pareja de hecho y víctima de violencia de género- del causante - D. Romulo - con la base reguladora que se apruebe en juicio y efectos de la Pensión de Viudedad desde 01.03.2020, Revocándose la Resolución recurrida denegatoria de ese derecho a viudedad, a la vista de los alegatos documentados de la actora e inaplicación de requisitos exigidos a esta- todo o alguno de ellos- con demás pronunciamientos al caso aplicables y Costas"*

La sentencia de instancia entiende que la demanda ha de ser estimada en aplicación de la doctrina contenida en la STS de 14 de octubre de 2020, rec. 2753/2018 que en aplicación del "criterio de interpretación de la perspectiva de género" reconoce la prestación de viudedad solicitada; argumenta al respecto que si conforme a dicha jurisprudencia no es exigible en estos casos la convivencia, tampoco parece pausable exigir - por la misma razón de violencia- la constitución como pareja de hecho (de Derecho, en puridad) por los mecanismos de registro o escritura pública consignados en la Ley, cuando el episodio de violencia de género que justifica la exención de la convivencia y sin embargo da derecho a la pensión se produjo en 2013, teniendo lugar el hecho causante en 2020, pues es obvio que en todo caso ese registro como pareja de hecho no obedecería a la realidad de las cosas si incluso por resolución judicial está impedida la convivencia de modo que resultaría contrario a la lógica mantener que existe jurídicamente la pareja de hecho cuando también jurídicamente se ha determinado que no debe existir por razón de protección de la beneficiaria. En consecuencia estima la demanda y declara el derecho de la actora a percibir una pensión de viudedad con una base reguladora de 818,93 euros, prorata a cargo de España del 11,24%, y fecha de efectos de 1 de marzo de 2020; condenando al INSS y TGSS a estar y pasar por ello con sus efectos.

Posteriormente se dicta auto, en fecha 17 de febrero de 2022, aclarando que la fecha de la sentencia dictada en la instancia es la de 12 de enero de 2022.

La parte demandada formula recurso de suplicación frente a la sentencia dictada en el que solicita que se dicte sentencia plenamente estimatoria de las pretensiones de la recurrente, y que se revoque la del Juzgado de lo Social y, en definitiva, se absuelva al INSS de las pretensiones deducidas en su contra.

El recurso ha sido impugnado por la representación de la parte actora, quien solicita que se desestime el recurso presentado y que se confirme la sentencia recurrida en sus propios términos.

SEGUNDO.- La recurrente, sin discutir el relato de hechos probados, formula un único motivo de recurso al amparo del art. 193 c) de la LRJS, alegando que la sentencia de instancia infringe el artículo 221 de la LGSS, remarcando la parte relativa a la acreditación de la existencia de la pareja de hecho. La recurrente indica que la sentencia de instancia, en aplicación de la STS de 14 de octubre de 2020, reconoce el derecho a la pensión de viudedad a la actora, supérstite de una pareja de hecho sin formalizar, eximiéndole también del requisito de convivencia en el momento del hecho causante, al concurrir un episodio de violencia de género que justificaría el fin de la convivencia; pero señala que la referida STS si bien exime de este último requisito no entra a analizar el cumplimiento o la exigencia del requisito de la constitución formal de la pareja de hecho, requisito que en el caso de autos no se cumple. Cita a continuación jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión y en relación a las dos exigencias previstas en el art. 174.3 de la anterior LGSS (actual art. 221), indicando que en el presente caso la demandante y el causante no estaban inscritos en el registro de parejas de hecho con anterioridad al episodio de violencia de género que motivó el cese de la relación y de la convivencia y que tampoco existía un documento público en el que conste la constitución de dicha pareja; concluye que la STS de 14 de octubre de 2020 exime el requisito de convivencia porque no va a exigir a una mujer maltratada que conviva con el causante poniendo en riesgo su integridad física o moral, pero que en el presente caso la pareja nunca se formalizó por lo que nunca fue pareja de hecho "de derecho", que son las protegidas por la LGSS.

La demandante en su escrito de impugnación señala que la recurrente se conforma con los hechos probados de la sentencia de instancia, de lo que se concluye de forma incuestionable la existencia de una convivencia de la actora y el causante como pareja de hecho durante muchos años, no siendo correctos muchos de los datos que se recoge en la resolución del INSS de fecha 2 de junio de 2021. Que la aplicación que la sentencia de instancia realiza de la STS de 14 de octubre de 2020 es totalmente ajustada al caso de autos, siendo totalmente imposible, a la vista de las circunstancias existentes- estado mental del Sr. Romulo y la existencia de violencia de género- que la actora y el causante se hubieran podido inscribir como pareja de hecho dos años antes del fallecimiento de éste que ocurre en el año 2020; en cuanto a la no convivencia durante los 5 años previos al fallecimiento del causante señala que es veraz pero inaplicable para la actora por haber habido una causa de fuerza mayor que impidió la convivencia misma dado la existencia de violencia de género, y la existencia de un mandato judicial que ordenó el alejamiento de la pareja primero, y el internamiento de D. Romulo después. Señala, en resumen: a) que se impugna - por inaplicable al caso de litis - el argumentario usado por la parte recurrente en este recurso de suplicación, al no considerar- para nada el episodio de VIOLENCIA DE GENERO en que estuvo incurso la pareja y la demandante - Dolores - en particular. Impugnación que tiene más fuerza si se parte de que ese episodio de violencia de género ha quedado constatado como HECHO PROBADO en la Sentencia recurrida y por no haber sido impugnado ningún Hecho Probado de la Sentencia, .b) Debe aplicarse - por todas- la STS de 14.10.2020 de la que se habla en el fundamento de derecho 3º de esta sentencia recurrida en suplicación- con el criterio de la perspectiva de género.



TERCERO.- Para resolver la cuestión propuesta vamos a hacer una mención a una serie de premisas que entendemos que hay que considerar para su resolución

1.- Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, introduce la pensión de viudedad de las parejas de hecho estableciendo en su artículo 174.3 para lo que ahora nos ocupa los requisitos para entender que se trataba de una pareja de hecho, incluyéndose en su último inciso que *"En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, (como es el caso de Galicia) cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica."*

2.- STC 40/2014 de 11 de marzo de 2014, declara nulo el último inciso del párrafo antes citado, y en sentencias posteriores STC 44/2014, de 7 de abril, 51/2014 7 de abril, el Tribunal Constitucional proclama el carácter formal "ad solemnitatem" de la forma de acreditación de la existencia de pareja de hecho señalando expresamente (la segunda de las citadas) que *"el art. 174.3 LGSS se refiere a dos exigencias diferentes: la material, referida a la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante; y la formal, ad solemnitatem, es decir, la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante (STC 40/2014, de 11 de marzo, FJ 3). Y todo ello presidido por un presupuesto previo de carácter subjetivo: que los sujetos no se hallen impedidos para contraer matrimonio y que no tengan un vínculo matrimonial subsistente con otra persona"*, por lo que establece ya para todo el territorio del Estado Español la interpretación que el Tribunal Supremo venía haciendo del art. 174.3 de la LGSS en el sentido de que el requisito de la convivencia y el de la constitución formal de la pareja de hecho son distintos y cumulativos (STS 12 de julio de 2011 rec. 2482/2010, 17 de noviembre de 2011 rec. 463/2011, 16 de julio de 2013) postura que se mantiene después de las STC 40/2014 y demás citada en sentencia del Pleno TS de 22 de septiembre de 2014, rec. 759/2012 y todas las dictadas tras esta: 21 de julio de 2016, rec. 2713/2014, 8 de noviembre de 2016, rec. 3469/2016, 2 de marzo de 2017, rec 3134/2015, 13 de marzo de 2018, rec 1717/2017 o la 24 de junio de 2020, rec. 716/2018 entre otras.

3.- La redacción vigente en el momento del fallecimiento del causante (28 de abril de 2021) establece en el art. 221.2 que *2." A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.*

La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante. "por lo que en este punto sigue en vigor la redacción normativa que sustenta la interpretación judicial de la necesidad de la concurrencia cumulativa de los dos requisitos: a) el material o sustantivo, consistente en la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años (que se puede acreditar mediante empadronamiento, o por cualquier otro medio de prueba) y b) el requisito formal imponiendo -con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento- la inscripción en el registro de parejas de hecho (en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia) o la constancia de su constitución en documento público. Redacción que se mantiene, en este punto, tras la Ley 21/2021 de 28 de diciembre.

4.- Pero en el presente caso estamos ante una viudedad de una víctima de violencia de género, sustentando su pretensión en que constituyó una pareja de hecho con el causante fallecido, habiendo convivido durante más del tiempo legalmente previsto en el art. 221 LGSS y con cese de convivencia a partir del episodio de violencia de género ocurrido el 16 de enero de 2013. El dato de que la que pretende ser beneficiaria de la prestación sea víctima de violencia de género es de importante relevancia y que debe utilizarse como pauta interpretativa a tenor, principalmente de lo establecido en la LO 3/2007 en sus artículos 4 y 15, pautas que han sido invocadas de forma expresa por la STS de 14 de octubre de 2020, rec 2753/2018 en cuyo punto 6 destaca que: *"Un último, pero muy relevante, factor debe ser contemplado en nuestro análisis.*

El artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres , sobre "integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas", establece que "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas". Además, el artículo 15 de la citada Ley Orgánica 3/2007 , dispone que "el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. (...)"



A partir de la STS/4ª/Pleno de 21 de diciembre de 2009 (rcud 201/2009), esta Sala ha procedido a aplicar este criterio de interpretación de la perspectiva de género en las SSTS 864/2018, 26 de septiembre de 2018 (rcud 1352/2017), 778/2019, 13 de noviembre de 2019 (rec. 75/2018), 815/2019, 3 de diciembre de 2019 (rec. 141/2018, Pleno), 79/2020, 29 de enero de 2020 (rcud 3097/2017, Pleno), 115/2020, 6 de febrero de 2020 (rcud 3801/2017) y 580/2020, 2 de julio de 2020 (rcud 201/2018).

Lo mismo debe hacerse en el presente supuesto.

La interpretación con perspectiva de género conduce a interpretar el artículo 174.3 LGSS de 1994 (actual artículo 221 LGSS de 2015) en el sentido de que, si cumple todos los demás requisitos, la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho."

La referida sentencia aplica analógicamente a las víctimas de violencia de género de parejas de hecho las previsiones referidas a víctimas de violencia de género que habían estado ligadas con vínculo matrimonial con su agresor y causante de la viudedad, reconociendo en que "(...)la aplicación analógica es plausible y persuasiva

En primer lugar porque la concurrencia de violencia de género debe eximir del cumplimiento de determinados requisitos que, no solo carecen de sentido cuando existe aquella violencia (en nuestro caso, la exigencia de la convivencia en el momento del fallecimiento a pesar de que la convivencia haya debido y tenido que cesar por la violencia ejercida contra la mujer), sino que exigir esa convivencia en tales circunstancias de violencia es radicalmente incompatible con la protección de la mujer víctima de malos tratos. En nuestra STS 22/2016, 20 de enero de 2016 (rcud 3106/2014), ya hablábamos de la exención del cumplimiento de determinados requisitos "cuando se trate de víctimas de violencia de género."

5.- Esta sentencia del Tribunal Supremo que acabamos de citar, que en parte inspira el art. 221.3 de la LGSS introducido por Ley 21/2021 de 28 de diciembre, y es en la que se sustenta la sentencia ahora recurrida, ha sido también citada por distintos TSJ para resolver cuestiones similares a las que ahora nos ocupa, existiendo una postura discrepante sobre si al amparo de su doctrina puede también eximirse a la víctima de violencia de género superviviente de una pareja de hecho el que la misma no solo se le exima de la convivencia inmediatamente anterior al hecho causante con la duración mínima de 5 años, sino también de la inscripción con esa antelación mínima de 2 años respecto a la fecha del fallecimiento, y ello porque si bien es cierto que en el relato de hechos se recoge que se trata de una pareja de hecho no constituida como tal, también señala que en el recurso de casación no se discute " el cumplimiento de todos los requisitos legalmente exigidos para tener derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho, con excepción del de la unión y convivencia con el causante en el momento de su fallecimiento". Por ello, como hemos dicho, nos encontramos antes posturas discrepantes ya que frente a pronunciamientos que sostienen que es igualmente exigible el requisitos de la constitución formal de la pareja de hecho puesto que la doctrina del TS exige de la existencia pasada de pareja de hecho "de derecho" (STSJ de la Comunidad Valenciana 11 de enero de 2021 rec 1330/2020), existen otros pronunciamientos que sostienen que por la misma razón que se le exime de la convivencia, debe eximirse del requisito del registro por ser de imposible cumplimiento precisamente por razón de la violencia de género (STSJ de Andalucía 16 de junio de 2021 rec 346/2021, o TSJ del País Vasco 12 de abril de 2022, rec. 1974/2021), señalando esta última sentencia: " Nuestro criterio es entender que, siguiendo la misma doctrina de esa STS 14/10/2020 rcud 2753/2008, la voluntad legislativa no puede ser el exigir el registro en casos como el de la actora, pues si aceptamos que no se debe exigir el requisito de la convivencia en los últimos cinco años, tampoco debería exigirse a la actora el requisito del "registro" de la pareja de hecho al menos dos años antes del fallecimiento ex artículo 221.1, dado que la actora estaba siendo víctima de violencia de género precisamente en ese período. El requisito del registro es legalmente constitutivo de la situación de la pareja de hecho, pero para que sea exigible es presupuesto ineludible que se de la posibilidad del cumplimiento, que en este caso entendemos no concurre, por la especial situación de la actora de haber sido víctima de violencia de género.

En este punto, se impone juzgar con perspectiva de género, que implica detectar si en un determinado conflicto jurídico está influyendo la existencia de un estereotipo de género y una vez constatado, erradicarlo de la aplicación o interpretación de la norma compensando el desequilibrio que haya podido ocasionar en el supuesto. Se trata de un mandato imperativo que se debe aplicar en la interpretación de las normas, y por tanto en este caso en la interpretación del artículo 221 TRLGSS, y se deduce especialmente de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 3/2007 de 22 marzo .

Por otro lado, es cierto que la actora podría haberse registrado como pareja de hecho hace años, cuando no consta fuera víctima de violencia de género, ya que mantiene convivencia more uxorio desde 1999, pero tampoco podría pensarse en exigir el requisito del registro formalizado en épocas pasadas pues ello haría a la actora de peor condición respecto de una mujer que no fuera víctima de violencia de género, por lo que estaríamos violentando la LO 12/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género;



y una interpretación respetuosa con la perspectiva de género exigida por los artículos 4 y 15 de la Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo conlleva interpretar que en este caso tampoco es exigible."

Este el criterio que sostiene la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Ourense ahora recurrida, concluyendo en aplicación del criterio de interpretación de la perspectiva de género, que no se puede exigir el requisito de constitución formal de la pareja de hecho con una antelación mínima de dos años respecto del fallecimiento del causante por no poder cumplirse ya que ni obedecería a la realidad y sería contrario a la lógica mantener que existe jurídicamente la pareja cuando de hecho cuando también jurídicamente se ha determinado que no debe existir por razón de protección de la beneficiaria.

Y este el criterio que también comparte esta Sala de Suplicación puesto que entendemos que nos encontramos ante un requisito de imposible incumplimiento, precisamente por la existencia de violencia de género, compartiendo el criterio de perspectiva de género como el interpretativo de los datos que manejamos, a saber:

- D. Romulo (el causante) estuvo casado con Dña. Violeta, contrayendo matrimonio el 4 de septiembre de 1958 y divorciándose por sentencia de 8 de noviembre de 2002 tal como consta en la inscripción registral de dicho matrimonio (folio 68). Dña. Violeta falleció el 29 de abril de 2009 tal como consta en la inscripción registral (folio 193)

- D. Romulo fallece el 29 de febrero de 2020, tal como consta en la inscripción registral (folio 65)

- D. Romulo y Dña. Dolores (la demandante) tuvieron un hijo nacido el NUM000 de 1968, cuya paternidad fue reconocida por sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Oviedo, de 30 de marzo de 2017 en donde se recoge que ambos progenitores mantuvieron una relación estable durante un tiempo. (folio 90 y siguientes)

- Dña. Dolores presenta denuncia por violencia de género contra D. Romulo el 16 de enero de 2013 (folio 92) y por auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Laviana se dicta orden de protección integral de la actora contra el causante con orden de alejamiento y prohibición de comunicación (folios 101 y siguientes)

- Por auto de fecha 17 de enero de 2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Laviana se acuerda el internamiento urgente y forzoso de D. Romulo en un hospital psiquiátrico (folio 96), siendo posteriormente incapacitado por sentencia de ese mismo Juzgado de fecha 18 de febrero de 2014, siendo tutelado por la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias- Defensor del Anciano. como se refleja de filiación en relación con la sentencia de incapacidad y auto de designación de tutor.

A la vista de estos datos es evidente que concurren la convivencia estable y notoria, con análoga relación de afectividad a la conyugal, entre personas no tenían vínculo matrimonial con otra persona (D. Romulo divorciado desde 2002 y Dña. Dolores soltera) y con una duración superior a los 5 años, relación que termina el 16 de enero de 2013 motivada por el episodio de violencia de género, lo que impide por ser de imposible cumplimiento, que la convivencia sea inmediata al fallecimiento (recordemos que el hecho causante es anterior a la entrada en vigor de la reforma operada por Ley 21/2021). También es cierto que no existe la inscripción con una antelación mínima de dos años respecto a la fecha del fallecimiento de causante, pero este requisito también es de imposible cumplimiento puesto que no solo cesa la convivencia efectiva por motivo de malos tratos, sino porque D. Romulo dada su grave situación cognitiva es ingresado - con internamiento judicial- en un centro psiquiátrico y poco después es incapacitado judicialmente por no lo que no estaría en condiciones de consentir tal formalización.

Finalmente queremos hacer un apunte a la reciente sentencia del TEDH 19 de enero de 2023 (caso Domenech Aradilla y Rodríguez González vs España); es cierto que los elementos de enjuiciamiento no son los mismos, puesto que en el caso resuelto se parte de parejas de hecho consideradas como tales y a todos los efectos conforme a la legislación catalana, CC.AA con Derecho Civil propio, generándose una expectativa de derecho al percibo de una pensión que se vio truncada con la declaración de inconstitucionalidad del último inciso del art. 174.3 de la LGSS en su redacción inicial, y sin posibilidad de cumplir el requisitos de inscripción formal introducido por la STC 40/2014 en atención a las circunstancias específicas de cada uno de los casos. En Galicia esa posibilidad de constituir pareja de hecho "de derecho" sin necesidad de inscripción formal, se recogió en la DA 3 de la Ley 2/2006 de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, pero que fue modificada por Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. En todo caso no nos consta que la ley gallega fuera la aplicable a la pareja de hecho al no constarnos la vecindad civil de los miembros y desde luego la residencia, a la vista de todos los datos (percibo de pensión alemana y episodios varios ocurridos en Asturias) está claro que no era en Galicia.

No obstante la referida sentencia del TEDH sí apunta un elemento, que si bien no se constituye en uno de los argumentos decisivos, los señala como algo a considerar, diciendo tomar nota del argumento de las demandantes de que, estadísticamente, las pensiones de supervivencia se conceden generalmente a las mujeres que se encuentran con mucha más frecuencia en una situación desventajosa o vulnerable de



dependencia financiera de sus parejas y necesidades de prestaciones sociales tras el fallecimiento de su pareja, lo que es relevante en la evaluación de la carga que tuvieron que soportar. Argumento que sí se consideran determinante en el voto concurrente conjunto en donde se sostiene que ha habido una violación de la prohibición de discriminación (art. 14 del Convenio) con respecto a los derechos de propiedad, incidiendo en los datos estadísticos que evidencian la mayoría abrumadora de mujeres que en España perciben la pensión de viudedad frente a los hombres y recordando que en casos de violencia doméstica, en los que las víctimas suelen ser mujeres, el TEDH no ha dudado en apreciar la violación del art. 14 del CEDH. Argumento que de nuevo nos conduce al principal argumento decisorio de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Ourense ahora recurrida "criterio de interpretación de la perspectiva de género", con sustento en la STS de 14 de octubre de 2020, rec 2753/2018 que también resuelve conforme al mismo.

En consecuencia con todo lo expuesto, entendemos que la sentencia de instancia no incurre en los reproches jurídicos que contra ella se dirigen, lo que nos lleva a su íntegra confirmación con la consecuente desestimación del recurso interpuesto. Y todo ello sin condena en costas al ser la recurrente titular legal del beneficio de justicia gratuita y como tal dentro de las exclusiones del art. 235 LRJS.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de fecha doce de enero de dos mil veintiuno, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Ourense, en autos 553/2021, seguidos a instancia de DÑA. Dolores , contra las Entidades Gestoras recurrentes, sobre viudedad, debemos de confirmar y confirmamos en su integridad la resolución recurrida. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.