

CASOS PRÁCTICOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Curso 2021/2022

María Luisa de la Flor Fernández (profesora)
Fátima Cardoso Ruiz (alumna)

CASO PRÁCTICO N° 1 (1. Encontrar el problema jurídico; 2. Ubicación teórica y localización de la legislación aplicable; 3. Redactar la respuesta a problemas sencillos)

Juan, ciudadano colombiano, sin permiso de trabajo en España, fue contratado por una empresa de Hostelería como ayudante de cocina y conductor. La empresa no le había dado de alta a la Seguridad Social por carecer de autorización administrativa para residir y de trabajar en España. El día 5 de mayo de 2021 sufrió un accidente de tráfico en un vehículo de la empresa cuando junto a otros trabajadores se trasladaba para dar un servicio en un cortijo. Resultado del accidente, el trabajador presenta lesiones graves de las cuales aún no se ha curado. Juan se dirige a la Entidad competente para que le sea reconocida las prestaciones sanitarias y económicas derivadas de accidente de trabajo, petición que fue desestimada por carecer permiso de residencia y trabajo. ¿Tiene derecho Juan derecho a alguna prestación del sistema de Seguridad Social?

1. La cuestión a resolver consiste en analizar si un ciudadano extranjero sin permiso de residencia y de trabajo en España, y por ende sin estar dado de alta en la Seguridad Social, puede percibir prestaciones derivadas de un accidente de tráfico sufrido en el ámbito de la empresa para la cual trabaja.

2. Los preceptos normativos referidos a este problema jurídico son: el artículo 1.2 del Convenio 19 de la OIT de 1925; artículo 36 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; los artículos 7 y 166 de la RD-Legislativo 8/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido Ley General de la Seguridad Social; artículo 42 RD 84/1996, de 26 de enero por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

3. El artículo 7.1 de la LGSS por el que se determina el ámbito subjetivo de protección del sistema de Seguridad Social exige que los sujetos protegidos residan regularmente en España, residencia que en el caso de las prestaciones de la modalidad contributiva debe venir acompañado por el ejercicio del trabajo en territorio español. Además, de acuerdo con el artículo 42 del RD 84/1996, de 26 de enero por el que se

aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, el reconocimiento de las prestaciones contributivas se vincula a la previa afiliación, alta y cotización al sistema de Seguridad Social para lo cual los extranjeros han de ser titulares de una autorización para residir y trabajar.

Por tanto, adquiere gran relevancia para el acceso a la protección dispensada por el sistema de seguridad social el requisito de la residencia legal en territorio español. No obstante, en nuestro ordenamiento el artículo 36.5 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y más concretamente de los preceptos que directamente se refieren al derecho de los extranjeros a las prestaciones de Seguridad Social otorga validez al contrato suscrito por un trabajador en situación administrativa irregular y se le reconocen el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social salvo a las prestaciones por desempleo. En efecto, el citado artículo indica que *la carencia de autorización de residencia y trabajo no invalidará el contrato de trabajo ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores*. Concretamente el art. 1.2 del Convenio 19 de la OIT de 1925, indica que no pueden establecerse condiciones de residencia para las prestaciones derivadas de accidente de trabajo. En virtud de este Convenio, la doctrina mayoritaria española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han interpretado que los extranjeros en situación irregular siempre tienen derecho a la protección frente a las contingencias profesionales.

En consecuencia, el trabajador extranjero nacional de uno los países que han suscrito el citado Convenio que carezca de autorización de residencia y trabajo tiene acceso -en condiciones de igualdad de trato con los españoles y extranjeros en situación de regularidad- a las prestaciones derivadas de riesgos profesionales para las que se aplican el alta presunta o de pleno derecho establecida en el artículo 166.4 LGSS y el principio de automaticidad de las prestaciones.

CASO PRÁCTICO N° 2 (4. La búsqueda de argumentos; 5. El uso de la doctrina judicial y de la jurisprudencia)

Una conocida entidad bancaria con motivo de una reestructuración de personal traslada a cinco de sus trabajadores a Linares. Estos trabajadores acuerdan alquilar un piso en la localidad en la que prestan servicios, de forma que vivían durante los días laborales en Linares y los viernes regresaban para pasar el fin de semana a su domicilio en la ciudad de Jerez de la Fra. Como era habitual todos los domingos se desplazaban desde Jerez a Linares. El día 21 de febrero de 2021 (domingo) tienen un accidente de tráfico sobre las 22:00 horas y como consecuencia del mismo cuatro de los trabajadores pasaron a situación de incapacidad temporal. Indique si dicho accidente puede ser calificado como accidente de trabajo.

ACCIDENTE DE TRABAJO: ARGUMENTOS A FAVOR	ACCIDENTE DE TRABAJO: ARGUMENTOS EN CONTRA
F1 Lo relevante para su calificación como accidente de trabajo <i>in itinere</i> es que el punto de llegada o de salida sea el centro de trabajo. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta la organización del trabajo que en ocasiones como la del supuesto impone a los trabajadores continuos ajustes que no siempre van acompañados de un cambio de domicilio y por tanto el domicilio a tener presente será tanto el domicilio legal como la residencia laboral.	C1 No concurre el elemento geográfico propio del accidente de trabajo <i>in itinere</i> dado que de un lado, el centro de trabajo no es ni punto de llegada ni punto de partida, de otro el punto de origen no es el domicilio o residencia laboral.
F2 No se produce una ruptura entre trabajo y domicilio por cuanto el trabajador sale de su domicilio hacia la residencia en su lugar de trabajo de forma habitual cada semana y con la finalidad principal y directa determinada por el trabajo.	C2 El accidente se produce en el trayecto que va desde su domicilio de fines de semana a su residencia por razones laborales, rompiéndose la conexión entre trabajo y domicilio.
F3 No se rompe con el elemento cronológico dado que la opción más adecuada es salir del domicilio legal con tiempo suficiente para tener un descanso e incorporarse al día siguiente al trabajo en las mejores condiciones para la seguridad y para el propio rendimiento laboral.	C3 Es dudoso mantener el nexo causal entre trabajo y accidente si éste se produce con casi doce horas antes del inicio de su actividad laboral.

5. En el presente caso práctico la cuestión jurídica que se suscita consiste en determinar si el accidente de tráfico acaecido en el trayecto que tiene como punto de partida el domicilio legal de los trabajadores y como punto de llegada la residencia laboral de los mismos constituye un *accidente in itinere*.

En este supuesto, para la búsqueda de sentencias ha de introducirse en el apartado de “voces” de las bases de datos concretamente las de Aranzadi Weslaw la expresión *accidente*. El resultado de dicha consulta es un gran número de sentencias por lo que es conveniente acotar la búsqueda introduciendo la voz *in itinere* dentro de los resultados obtenidos y, como aún sigue siendo un número muy elevado de sentencias, centrar la búsqueda en las sentencias del Tribunal Supremo para lo cual, en el apartado Tribunal elijo las sentencias del citado Tribunal.

Para la resolución del caso es imprescindible realizar un análisis en torno al concepto de domicilio y reflexionar sobre los elementos teleológico, geográfico, cronológico que integran el concepto de accidente *in itinere*. En este sentido la STS de 26 de diciembre de 2013 (Rec 2315/2012) es la más relevante para la resolución del caso.

Adentrándonos en los fundamentos de derecho de la Sentencia, se aprecia que: el fundamento jurídico primero realiza una síntesis de los antecedentes del caso; el segundo admite la existencia de contradicción; y finalmente los fundamentos jurídicos tercero a quinto examina y analiza el artículo 115.2 a) actual artículo 156.2 a).

CASO PRÁCTICO N° 3

Se trata de un caso práctico completo en el que se trabaja cada una de las fases del procedimiento propuesto.

Autora: Fátima Cardoso Ruiz, alumna del Master de la Abogacía

Desde el día 10 de octubre de 2015, la supérstite de la pareja de hecho mantenía una relación de convivencia more uxorio con el causante en una relación de afectividad análoga a la conyugal durante cuatro años, inscrita como pareja de hecho en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Fruto de esta unión de hecho, tuvieron en común dos hijos.

El Sr. Andrés López, con 58 años, afiliado y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social, fallece el día 20 de noviembre de 2021 a causa de una enfermedad común. Prestó servicios por cuenta ajena de forma ininterrumpida desde el 15 de enero del año 2000 como vendedor en un concesionario de vehículos. La suma de las bases de cotización del trabajador durante el período de 24 meses elegido dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al hecho causante asciende a 28.500 euros. El causante convivió como pareja de hecho estable y notoria con la supérstite desde el año 2015 hasta el año 2019, acreditada mediante certificado de empadronamiento de duración ininterrumpida de cuatro años. Estaban empadronados en el mismo domicilio.

Durante el año natural anterior al fallecimiento los ingresos totales de la pareja fueron de 35.000 euros, de los cuales los ingresos del causante ascendían a 14.000 euros. Por su parte, los ingresos propios de la supérstite durante el año natural anterior al fallecimiento ascendían a 21.000 euros.

La supérstite y el causante dejaron de convivir en 2019, dictándose Sentencia el 10 de octubre de 2019 que acordó el cese de la convivencia y los efectos derivados de la ruptura aprobando el convenio regulador suscrito el 10 de diciembre de 2018, no constituyendo una pareja de hecho desde ese momento. En el momento de su fallecimiento la supérstite no estaba ya unida ni convivía con el causante. La supérstite había presentado denuncia por malos tratos ante la Policía Local el 12 de diciembre de 2019 por daños en la puerta de su vivienda habitual interpuesta tras el cese de la convivencia, y además contaba con el testimonio de una tercera persona.

Tras el fallecimiento de su ex-pareja de hecho, la sobreviviente solicitó, el día 1 de diciembre de 2021, en el procedimiento a quo el reconocimiento de su derecho a la pensión de viudedad. Dicha solicitud fue denegada por Resolución de fecha 27 de diciembre de 2021 por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad

Social de Cádiz, por no acreditar dos de los requisitos exigidos por la normativa de la Ley General de la Seguridad Social en su artículo 221 para poder optar a la pensión de viudedad de las parejas de hecho, por falta de acreditación de la existencia de dependencia económica como requisito necesario para su reconocimiento, y disponer de ingresos superiores a los exigidos en el artículo 221.1 de la Ley General de la Seguridad Social.”, y por “no reunir el requisito de convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años dispuesto en el artículo 221.2 de la Ley General de la Seguridad Social.”

1 CUESTIONES

1. ¿Cumple la sobreviviente los requisitos concretos para ser beneficiaria de la pensión de viudedad en el caso de pareja de hecho?

Los requisitos que tiene que cumplir la sobreviviente para causar derecho a la pensión de viudedad¹ son: (i) Período previo de cotización mínimo del causante; (ii) Constitución legal de la pareja de hecho; (iii) Convivencia ininterrumpida no inferior a cinco años; (iv) Relación de afectividad y carencia de impedimentos; y (v) Situación de necesidad y dependencia económica².

En primer lugar, para que la sobreviviente de la pareja de hecho pueda causar derecho a pensión de viudedad derivada de enfermedad común, el sujeto causante, encontrándose en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento, debe cumplir un determinado período previo de cotización mínimo de quinientos días en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante o, alternativamente, si no se encontrase en alta o asimilada, haya cotizado un mínimo de quince años durante toda su vida laboral, de conformidad con el artículo 219 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS).

Por tanto, partimos de la base de que el causante ha perfeccionado los requisitos necesarios para generar pensión de viudedad, al completar sobradamente el período previo de cotización mínimo de quinientos días dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a su fallecimiento (20 de noviembre de 2021), dado que viene cotizando de forma ininterrumpida desde el 15 de enero de 2000 como vendedor en un concesionario de vehículos.

Además, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en su Sentencia 40/2014, de 11 de marzo determina que el artículo 221.2 de la LGSS exige a la supérstite de la

¹ Un estudio detallado de la regulación legal y tutela de los sobrevivientes de una pareja de hecho en el acceso a la pensión de viudedad en De la Flor Fernández, M.^a L. (2002): *Régimen Jurídico de la pensión de viudedad*, Sevilla: Editorial Mergabum. [Tesis Doctoral dirigida por Jesús Cruz Villalón (dir. tes.). Universidad de Cádiz, 2000]: págs. 167 y ss.

² Artículo 221 apartados 1º y 2º del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

pareja de hecho dos requisitos diferentes para acceder a la pensión de viudedad³: por un lado, el **material**, relativo 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 por otro lado, el **formal**, *ad solemnitatem*, es decir, la verificación de que la pareja se ha constituido legalmente como tal ante el Derecho mediante la inscripción como tal pareja de hecho en un registro público específico o mediante documento público (Acta Notarial⁴) en el que conste la constitución de la pareja, y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante (publicidad de la situación de convivencia *more uxorio*)⁵.

En el presente caso, queda acreditado el requisito formal de la constitución legal de la existencia de unión de hecho, ya que, en octubre de 2015, el causante y la superviviente de la unión de hecho se inscribieron como pareja de hecho en el Registro público específico de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con el artículo 221.2 de la LGSS⁶. Este hecho justifica *ad solemnitatem* la constitución de la pareja de hecho y queda verificado que la pareja de hecho existía legalmente y se ha constituido como tal ante el Derecho.

2. ¿Puede la sobreviviente acceder a la pensión de viudedad sin acreditar el requisito de la convivencia ininterrumpida como consecuencia de haber cesado por razón de violencia de género? ¿Qué sucedería si el Sr. Andrés hubiese fallecido el 10 de enero de 2022?

Como se ha apuntado, la regulación exige a la superviviente de la pareja de hecho para acceder a la prestación por viudedad acreditar una **convivencia estable y notaria** con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración **ininterrumpida** de

³ Un análisis detallado de los requisitos formales y materiales exigibles a las uniones de hecho como condición necesaria para acceder a la pensión de viudedad puede verse en De la Flor Fernández, M.^a L. (2008): págs. 106-116.

⁴ Como sostiene Cruz Villalón, J. (2008), el instrumento jurídico que mejor puede mostrar la situación de una convivencia afectiva en pareja es el Acta Notarial.

⁵ El TC se ha pronunciado en numerosas ocasiones (SSTC 40/2014, de 11 de marzo, ECLI:ES:TC:2014:40, 45/2014, de 7 de abril, ECLI:ES:TC:2014:45, y 51/2014, de 7 de abril) sobre la constitucionalidad de esta exigencia formal negando que pudiera resultar “exorbitante”, pues no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, ya que “*atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social. Además, esa exigencia formal favorece la seguridad jurídica y evita el fraude en la reclamación de pensiones de viudedad*”. Para mayor detalle sobre esta doctrina constitucional, *vid.* López Terrada, E. (2014): págs. 8 y 13 y Bermúdez Requena, J. M. (2014): pág. 7. En esta misma línea, *vid.* las SSTS 5602/2014, de 11 de noviembre, ECLI:ES:TS:2014:5602, (Rec. 3348/13); STS 393/2017, de 4 de mayo, ECLI:ES:TS:2017:2097, (Rec. 3850/2015), y STS (Sala Cuarta de lo Social) 9222/2011, de 26 de diciembre, Rec. 245/2011, (ECLI:ES:TS:2011:9222).

⁶ Artículo 221.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

un mínimo de cinco años⁷, duración mínima que no alcanza la convivencia de la superviviente, debido a la ruptura de la convivencia como consecuencia de la violencia de género sufrida.

En el caso que nos ocupa, el causante y la sobreviviente mantuvieron una relación de convivencia *more uxorio* de forma ininterrumpida durante cuatro años, con carácter inmediato al fallecimiento del causante, por lo que no podría acreditar el plazo mínimo de convivencia exigido por la ley. A priori, la superviviente no tendría derecho a acceder a la pensión de viudedad por no cumplir con todos los requisitos del artículo 221.2 de la LGSS.

Un trato diferenciado respecto de la pensión de viudedad de matrimonios en la LGSS

Si se tratase de una unión matrimonial, y en caso de violencia de género, el artículo 220.1 de la LGSS dispone que “*en todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio*”.

Esta previsión legal no está contemplada para la sobreviviente de una unión de hecho, víctima de violencia de género, lo que supone un trato discriminatorio hacia las uniones de hecho, dado que esta excepción que se reconoce a las mujeres casadas o divorciadas que hayan sido víctimas de violencia de género debe reconocerse igualmente a las parejas de hecho, en un supuesto en que la convivencia se hizo imposible por causa de la violencia de género.

Es de aplicación al presente caso la **Sentencia del Tribunal Supremo 908/2020, de 14 de octubre**⁸, en la que el Tribunal Supremo decide eximir en lo que respecta al acceso a la pensión de viudedad en las relaciones de pareja de hecho del requisito de convivencia *more uxorio* de la mujer víctima de violencia de género con el causante de la pensión.

Esta interpretación con perspectiva de género conduce al Tribunal Supremo a argumentar, de forma acertada que, aunque el requisito de la convivencia de la pareja de hecho en el momento inmediatamente anterior al fallecimiento del causante para el acceso a la pensión de viudedad resulta razonable en los casos en los que no ha mediado violencia, mantener dicha exigencia en los casos de violencia de género es radicalmente incompatible con la protección de la mujer víctima de violencia de género, máxime cuando esta protección requiere como medida indispensable y urgente el cese de la convivencia. En palabras del TS:

⁷ Para mayor abundamiento sobre el requisito material de la convivencia *more uxorio* ininterrumpida, *vid.* Poquet Catalá, R. (2013): págs. 167 – 173 y Martínez Abascal, V. A. (2010): pág. 13.

⁸ STS, Sala Cuarta de lo Social, Sección 1ª, núm. 908/2020, de 14 de octubre, Rec. 2753/2018, ECLI:ES:TS:2020:3486.

*“La convivencia se rompe, no exactamente por la libre voluntad de la mujer que forma parte de la unión de hecho, sino porque la violencia ejercida sobre esta última hace imposible la convivencia ”*⁹.

En consecuencia, existe la posibilidad, en este caso, de recurrir a la aplicación análoga (ex artículo 4.1 del CC) de lo previsto en el artículo 220.1 y 2 de la LGSS que **exime del requisito de ser acreedoras de pensión compensatoria a las mujeres que acrediten que son víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio**¹⁰, y aplicarlo de forma análoga a las uniones de hecho, desde una perspectiva de género (artículo 221 de la LGSS), en base a la STS de 14 de octubre de 2020¹¹.

Por todo lo expuesto, la solución a la cuestión planteada es que hay razones para defender que la supérstite, víctima de violencia de género, podría acceder a la pensión de viudedad de parejas de hecho aunque no estuviera ya unida ni conviviera *more uxorio* con el causante en el momento de su fallecimiento por razón de violencia de género, ya que la protección de esta mujer lo que precisamente exige es que cese la convivencia, interpretación del artículo 221.1 de la LGSS con perspectiva de género.

Fallecimientos posteriores a 31 de diciembre de 2021: La Reforma de la LGSS

Tras la reforma introducida por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, que **entró en vigor el 1 de enero de 2022**, el artículo 221.2 LGSS queda redactado como sigue:

“Se reconocerá como 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 ni constituida pareja de hecho, 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, salvo que existan hijos en común [...]”.

El planteamiento fáctico da cuenta de que la sobreviviente tiene dos hijos en común con el causante. Por tanto, si el Sr. Andrés hubiese fallecido el 10 de enero de 2022, la supérstite no tendría que acreditar la convivencia ininterrumpida de cinco años, únicamente tendría que cumplir el requisito formal de la constitución legal de la pareja de hecho (que, en este caso, lo cumple).

Como puede observarse, la reciente Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha eliminado el requisito adicional de la dependencia económica respecto del causante que no se les

⁹ STS 908/2020, de 14 de octubre, Rec. 2753/2018, ECLI:ES:TS:2020:3486, FJ nº 3 apartados 3º y 4º.

¹⁰ Ello se hizo por el apartado 10º de la D.F. 3ª de la LPGE para el año 2010 para eximir del requisito de la pensión compensatoria a las mujeres víctimas de violencia de género en el momento de la separación o divorcio.

¹¹ STS, Sala Cuarta de lo Social 908/2020, de 14 de octubre, Rec. 2753/2018, ECLI:ES:TS:2020:3486.

exigía a los matrimonios y que impedía al sobreviviente de una unión de hecho acceder a la pensión de viudedad si tenía ingresos superiores a los del causante.

De otro lado, la nueva norma también prevé que la pareja de hecho extinguida tenga la misma consideración que un excónyuge y, concretamente, respecto de las víctimas de violencia de género no se les exige pensión compensatoria en los mismos términos que a las excónyuges o separadas en matrimonios¹². Así, si el fallecimiento hubiese acaecido tras la entrada en vigor de la reforma, la supérstite podría haber accedido a la pensión de viudedad.

Finalmente, se cumple, también, con los requisitos de la relación de afectividad y carencia de impedimentos, dado que en la fecha del fallecimiento ningún componente de la pareja de hecho tenía impedimento alguno: son mayores de edad, no tienen previo vínculo matrimonial con otra persona¹³, ni constituida pareja de hecho, ni impedimento de parentesco, ni de crimen ni discapacidad psíquica, conforme al artículo 221.2 LGSS y 46, 47, 56.2 del Código Civil¹⁴.

3. ¿Podrían resultar suficientes los medios de prueba aportados por la víctima como el testimonio de un tercero y la existencia de denuncia de la víctima por malos tratos para acreditar la violencia de género?

Si bien es cierto que existen razones para defender que la supérstite, víctima de violencia de género durante la vida *more uxorio*, puede acceder a la pensión de viudedad aun sin cumplir con el requisito de la convivencia ininterrumpida, para el reconocimiento de este derecho es presupuesto necesario que se acredite la situación de violencia de género por parte de la víctima.

Al amparo del párrafo 3º del artículo 220.1 LGSS, la acreditación de la violencia de género para acceder a la pensión de viudedad puede realizarse¹⁵: mediante sentencia firme o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad, Informe del Ministerio Fiscal, y mediante “*cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho*”, único cauce disponible para la supérstite¹⁶.

En el presente caso, la supérstite no cuenta con ninguno de los medios de prueba específicamente enumerados en el artículo 220.1 de la LGSS. La víctima cuenta únicamente con el testimonio de un tercero y la denuncia previa interpuesta ante la Policía Local por malos tratos por daños sufridos en la puerta de su vivienda habitual

¹² El artículo 221.3 de la LGSS relativo a las uniones de hecho establece que “*en todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la extinción de la pareja de hecho*”.

¹³ Para mayor detalle sobre el vínculo matrimonial previo, *vid.* Poquet Catalá, R. (2013): pág. 166, y Blázquez Agudo, E. M^a, y Presa García-López, R. (2014): pág. 14. En este sentido, *vid.*, además, la STS 7240/2012, de 24 de octubre, ECLI:ES:TS:2012:7240.

¹⁴ Artículos 46, 47, 56.2 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

¹⁵ Para un análisis detallado de los medios de prueba para acreditar la violencia de género *vid.* García Testal, E. (2018): pág. 142, y Benito Benítez, M^a. A. (2020): págs. 269 y 270.

¹⁶ Artículo 544 bis y ter del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

durante y tras el cese de la convivencia *more uxorio*. No obstante, estos medios probatorios aportados podrían subsumirse dentro de la acreditación mediante “*cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho*”¹⁷.

Supuesto idéntico al que aquí se plantea ha sido ya resuelto y enjuiciado por nuestro TS. En relación a los medios de prueba para acreditar la violencia de género, el TS ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la especial relación entre la pensión de viudedad y la violencia de género y su acreditación en la **Sentencia del Tribunal Supremo 709/2017, de 26 de septiembre**¹⁸.

El plenario del TS efectúa una interpretación adecuada de la ley y del requisito de acreditación que trata de responder al mandato legal y atender a su finalidad, concluyendo que es suficiente la concurrencia de denuncias, testimonios de familiares y allegados que presenciaron en su día los episodios de violencia de género, procedimientos penales iniciados, informes médicos... que acrediten la existencia de malos tratos al menos en la fecha de ruptura de la convivencia conyugal, único requisito que se constituye por sí solo en causa de exención de la convivencia común de la pareja de hecho, regulado en el artículo 220 de la LGSS¹⁹.

En esta línea argumental, el TS concluye que la prueba testifical relativa al testimonio de un tercero prestado sobre supuestos malos tratos y la interposición de una denuncia por malos tratos a la pareja interpuesta por la víctima por daños sufridos en su vivienda habitual ocurrida constante la convivencia y tras el cese de la misma, **resultan suficientes para considerar acreditada la violencia de género sufrida durante la convivencia *more uxorio***, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Por tanto, procede el reconocimiento de su condición de beneficiaria de la pensión de viudedad, aun sin cumplir con la convivencia de cinco años ininterrumpidos.

4. ¿La sobreviviente cumple el requisito económico para causar derecho a la pensión de viudedad de las uniones de hecho?

A la luz del artículo 221 apartado 1º de la LGSS²⁰, para que la sobreviviente de la unión de hecho del supuesto pueda devengar la pensión de viudedad, por haber tenido lugar **el fallecimiento antes del 1 de enero de 2022**, debe acreditar además un **vínculo**

¹⁷ La STS 22/2016, de 20 de enero, Rec. 3106/2014 (ECLI:ES:TS:2016:178) introduce un análisis de los requisitos necesarios para que opere esta vía excepcional del artículo 220.1 de la LGSS para víctimas de violencia de género, entendiendo que son tres los datos que deben concurrir para que surja la pensión de viudedad: “*Elemento instrumental: acreditarse la realidad a través de medios probatorios jurídicamente válidos. Elemento material: ser víctima de violencia de su ex pareja. Elemento cronológico: que exista violencia de género al producirse la separación o divorcio*”. (FJ nº 4 y 5).

¹⁸ STS, Sala Cuarta de lo Social, Sección Pleno, 709/2017 de 26 de septiembre, Rec. 2445/2015, ECLI:ES:TS:2017:3679, FJ nº 1 y 2.

¹⁹ Cfr: García Testal, E. (2018): págs. 144 y 145.

²⁰ Artículo 221.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

de dependencia económica respecto del causante²¹ que se considera cumplido cuando los ingresos del sobreviviente no superen los siguientes límites:

En este caso, los ingresos propios de la supérstite de la pareja de hecho durante el año natural anterior al fallecimiento del causante (durante el año 2020) ascendían a 21.000 euros, superando, por tanto, el primer límite establecido en el artículo 221 apartados 1º y 2º de la LGSS²². Los ingresos de la sobreviviente superan el límite del 50% (en su caso, aplicable por tener dos hijos comunes con el causante con derecho a pensión de orfandad) de la suma de los propios y los del causante habidos durante el año natural anterior habidos en el mismo período (17.500 euros)²³.

La respuesta a la cuestión debe ser positiva, la supérstite de la pareja de hecho del presente caso cumple el requisito económico de la dependencia económica, pues podría acceder a la pensión de viudedad por la segunda vía alternativa, sus ingresos propios no superan el segundo de los límites, que resulta de multiplicar por 1,5 veces el Salario Mínimo Interprofesional²⁴ vigente en el año 2020, incrementado en 0,5 veces el SMI por cada uno de los dos hijos comunes con derecho a la pensión de orfandad que convive con la supérstite, tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción²⁵, de conformidad con el artículo 221.1 párrafos 1º y 2º de la LGSS.

5. En caso de tener derecho a la pensión de viudedad, ¿cuál sería la cuantía que previsiblemente le correspondería por dicha prestación? ¿Tendría derecho al nuevo complemento para la reducción de la brecha de género?

En este caso de fallecimiento derivado de enfermedad común, si el causante estaba en alta o asimilada como en no alta, la base reguladora de la pensión de viudedad es el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del causante durante un período ininterrumpido de 24 meses elegidos por el beneficiario dentro de

²¹ Un análisis crítico del requisito económico de la dependencia económica real de la supérstite de una pareja de hecho respecto del causante puede verse en De la Flor Fernández, M.^a L. (2008): pág. 106 y ss.

²² Artículo 221 apartados 1º y 2º del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

²³ Los ingresos totales de la pareja de hecho durante el año 2020 fueron de 35.000 euros, de los cuales los ingresos del causante ascendían a 14.000 euros. El cálculo sería el siguiente: los ingresos de la supérstite (21.000 euros) son superiores a la suma de los ingresos del causante y de la sobreviviente (35.000 euros anuales x 50%= 17.500 euros).

²⁴ El SMI vigente en el momento del hecho causante (20/11/2021) es el de 2020, ex artículo 1.1 del Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el SMI para 2020, “*sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 31,66 euros/día o 950 euros/mes, según que el salario esté fijado por días o por meses*”.

²⁵ El cálculo es el siguiente: 1) Aplicación del límite general del 1,5 del SMI vigente: 950€/mes x 14 x 1,5= 19.950 euros. 2) Incrementado por 0,5 veces el SMI por cada uno de sus dos hijos comunes: 950€/mes x 14 x 0,5= 6.650 euros (x dos hijos) = 13.300 euros. El límite sería 33.250 euros (19.950 + 13.300), siendo, por tanto, los ingresos de la supérstite (21.000 euros) inferior a dicho límite.

los 15 años inmediatamente anteriores al mes previo a la fecha del hecho causante de la pensión²⁶.

En aplicación del artículo 31 del 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, la cuantía de la pensión de viudedad se obtiene aplicando un porcentaje a la base reguladora, que puede ser: con carácter ordinario del 52% de la base reguladora correspondiente al causante o del 70% cuando existan cargas familiares y la pensión constituya la principal o única fuente de ingresos²⁷.

En el caso materia de análisis, no existe posibilidad de aplicar el 70%, dado que para la sobreviviente no constituye su principal fuente de ingresos, pues el importe anual de la pensión (7.409,92 euros) no es superior al 50% del total de sus ingresos (21.000 x 50%= 10.500 euros).

En consecuencia, la cuantía que le correspondería a la sobreviviente de la pareja de hecho de la pensión de viudedad se calcula con una base reguladora de 28.500 euros / 28= 1.017,86 euros, y un porcentaje aplicable del 52%. **El importe de la pensión de viudedad que le correspondería a la supérstite es de 529,28 euros mensuales con dos pagas extras²⁸.**

Respecto a la segunda cuestión, **la supérstite podría acceder también al nuevo complemento para la brecha de género²⁹**, que entró en vigor en febrero del año 2021, regulado en el artículo 60 de la LGSS³⁰, cuya cuantía ascendería a 54 euros mensuales (27 euros mensuales por cada hijo en común con el causante), dado que cumple con los dos requisitos exigibles: tiene dos hijos en común biológicos con el causante y sería beneficiaria de una pensión contributiva, en el caso que nos interesa, de la pensión de viudedad³¹.

²⁶ Artículos 228 de la LGSS y 7.2 del 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 Seguridad Social.

²⁷ *Vid.* Método de cálculo de la pensión de viudedad que se obtiene aplicando a la base reguladora el porcentaje correspondiente y su abono. Consultable en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10964/10966/28489/28492> [Consultado: 05-03-2022].

²⁸ El cálculo sería: 1.017,86 euros x 52% = 529,28 euros. La citada pensión es superior a los 522,50 euros que, como mínimo, tiene derecho a percibir, durante el año 2021, una viuda menor de 60 años. En el Anexo del Real Decreto 46/2021, de 26 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2021, se establece la cuantía mínima para el beneficiario de la pensión de viudedad con menos de 60 años en **7.315,00 euros/año (522,50 euros/mensuales)**.

²⁹ Para mayor detalle sobre el nuevo complemento para la brecha de género, *vid.* Monereo Pérez, J.L., Guindo Morales, S. (2020): págs. 1-15 y en Fernández Nieto, L. A. (2021): pág. 14.

³⁰ En la redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

³¹ Un análisis crítico del complemento por maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social puede verse en De la Flor Fernández, M^a. L. (2016): págs. 122 y ss.

6. ¿Cómo puede proceder en Derecho la sobreviviente en defensa de sus intereses ante la denegación de la pensión de viudedad por el Instituto Nacional de la Seguridad Social de Cádiz?

Partimos de la base de que la Dirección Provincial del INSS de Cádiz ha denegado el reconocimiento de la pensión de viudedad a la superviviente mediante Resolución de fecha 27 de diciembre de 2021, considerando no acreditado los requisitos establecidos en el artículo 221 apartados 1 y 2 de la LGSS: la convivencia ininterrumpida con carácter inmediato al fallecimiento del causante de mínimo cinco años. Ello por cuanto considera que la interrupción por violencia de género únicamente se aplica para los supuestos de separación o divorcio y no estima probada la violencia de género mediante los medios probatorios del testimonio de un tercero y la denuncia presentada por malos tratos.

Ante la denegación de su derecho a la pensión de viudedad, en defensa de sus intereses, la sobreviviente podría interponer, en primer lugar, antes de acudir a la vía judicial, **una Reclamación previa contra la Resolución del INSS**, en el plazo de treinta días contados desde la recepción de esta notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 71.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS).

En segundo lugar, una vez agotada la vía administrativa, podría interponer una **Demanda de reconocimiento de pensión de viudedad contra el INSS** ante el Juzgado de lo Social, de conformidad con el artículo 71.6 de la LRJS.

En tercer lugar, si la sentencia fuese desestimatoria, podría interponerse **Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social**, en virtud del artículo 191.3 c) de la LRJS.

En este sentido, podría alegarse contradicción con la STS de 14 de octubre de 2020³² que interpreta el actual 220.1 3º de la LGSS, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2004³³. Debe aplicarse analógicamente (ex artículo 4.1 del CC) lo previsto en el artículo 220.1 párrafo 3º y 2 de la LGSS sobre las mujeres víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio³⁴, y aplicarlo de forma equivalente a las parejas de hecho.

En cuarto lugar, en caso de sentencia desestimatoria, podría interponerse **Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del TS**, que previene los artículos 218 a 228 de la LRJS y que habrá que prepararse ante la Sala del TSJ, dentro de los diez días siguientes al de su notificación.

En este caso, podría alegarse contradicción con la STS 908/2020, de 14 de octubre que analiza si la superviviente de una pareja de hecho que no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento por razón de la violencia de género

³² STS, Sala Cuarta de lo Social, núm. 908/2020, de 14 de octubre, ECLI:ES:TS:2020:3486.

³³ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

³⁴ STS 908/2020, de 14 de octubre, ECLI:ES:TS:2020:3486, FJ nº 3 apartado 4º, en conexión a la STSJ de Cataluña 10289/2015, de 27 de octubre, ECLI:ES:TSJCAT:2015:10289.

tiene derecho o no a la pensión de viudedad, ya que tienen triple identidad de los hechos, fundamentos y pretensiones, pero con contracción por cuanto se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

En caso de desestimación de la sentencia por el TS, podría plantearse **Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional** contra la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del TS, en el plazo de treinta días desde la notificación de la resolución que pone fin a la vía judicial previa³⁵ por posible vulneración del derecho a no sufrir discriminación por razón de estado civil como superviviente de una pareja de hecho, al amparo del artículo 14 de nuestra Constitución.

El recurso de amparo ante el TC se articularía como último garante de la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de estado civil en materia de prestaciones de viudedad, amparado en el artículo 14 de la CE. Es necesario un pronunciamiento favorable del TC para continuar en el necesitado avance en la equiparación, a efectos de su protección en Seguridad Social, de los matrimonios y de las parejas de hecho en un contexto de progresivo aumento de las uniones de hecho o de las parejas no casadas y su aceptación social como ejemplo del profundo cambio operado en la concepción de la familia en nuestra sociedad.

2 NORMATIVA

1. Constitución Española de 1978.
2. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
3. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
4. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
5. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
6. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
7. Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.
8. 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.
9. Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el Salario Mínimo Interprofesional para 2020.
10. Real Decreto 46/2021, de 26 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2021.
11. 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.
12. 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 JURISPRUDENCIA

1. STC (Sala Segunda) 40/2014, de 11 de marzo (ECLI:ES:TC:2014:40).
2. STC (Sala Segunda) 45/2014, de 7 de abril (ECLI:ES:TC:2014:45).

³⁵ Artículo 44.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

3. STC (Sala Segunda) 51/2014, de 7 de abril (ECLI:ES:TC:2014:51).
4. STS (Sala Cuarta de lo Social) 9222/2011, de 26 de diciembre, (ECLI:ES:TS:2011:9222).
5. STS (Sala Cuarta de lo Social) 7240/2012, de 24 de octubre, (ECLI:ES:TS:2012:7240).
6. STS (Sala Cuarta de lo Social) 5602/2014, de 11 de noviembre, (ECLI:ES:TS:2014:5602).
7. STS (Sala Cuarta de lo Social) 22/2016, 20 de enero, (ECLI:ES:TS:2016:178).
8. STS (Sala Cuarta de lo Social) 393/2017, de 4 de mayo, (ECLI:ES:TS:2017:2097).
9. STS (Sala Cuarta de lo Social) 709/2017, de 26 de septiembre, (ECLI:ES:TS:2017:3679).
10. STS (Sala Cuarta de lo Social) 908/2020, de 14 de octubre, (ECLI:ES:TS:2020:3486).
11. STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) 10289/2015, de 27 de octubre, (ECLI:ES:TSJCAT:2015:10289).