

LA PENSIÓN COMPENSATORIA COMO REQUISITO DE ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD

*THE COMPENSATORY PENSION AS A REQUERIMENT FOR ACCESS TO THE WIDOW'S
PENSION*

DR. EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI

Profesor Doctor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de
Valencia

eduardo.talens@uv.es

RESUMEN: La pensión de viudedad también se devenga cuando la relación conyugal ha terminado. Ahora bien, para los casos de separación o divorcio los requisitos de acceso son bastante más exigentes que en los supuestos en los que la relación se mantiene hasta el momento del fallecimiento. Uno de estos requisitos consiste en que el ex cónyuge sobreviviente tiene que ser acreedor de una pensión compensatoria. A lo largo de las siguientes páginas trataré de ahondar en los problemas que suscita el requisito de ser acreedor de una pensión compensatoria, para poder acceder a la pensión de viudedad.

PALABRAS CLAVE: Pensión compensatoria, pensión de viudedad, separación, divorcio, cónyuges, reconciliación.

ABSTRACT: The widow's pension is also accrues when the marital relationship has ended. However, in cases of separation or divorce the access requirements are quite demanding that in cases in which the relationship is mantened until the momento of death. One of these requeriments is that the surviving former spouse mus be a compensatory pension creditor. Througout the following pages I will try to delve into the problems that the requeriment be lender of a compensatory pension, to gain access to the widow's pension.

KEY WORDS: Compensatory pension, widow's pension, separation, divorce, spouses, reconciliation.

FECHA DE ENTREGA: 28/08/2016/*FECHA DE ACEPTACIÓN:* 02/09/2016

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La pensión compensatoria: interpretación literal vs interpretación finalista.- 3. Los efectos jurídicos de una eventual reconciliación entre los cónyuges.- 4 Excepciones al requisito de la pensión compensatoria.- 5. Breves conclusiones.

1. La pensión de viudedad es una prestación pública de Seguridad Social que persigue compensar el “desequilibrio económico” que padece una persona tras el fallecimiento de su cónyuge -sujeto causante-. La finalidad de esta pensión no sería la de atender a una situación de necesidad o de dependencia económica, sino más bien compensar las diferentes vicisitudes acaecidas frente a un daño que vendría referido a la minoración de unos ingresos de los que era partícipe el cónyuge superviviente (en este sentido, STC 184/1990, de 15 de noviembre). Desde una perspectiva interna o privada la pensión de viudedad encontraría justificación en la solidaridad patrimonial entre los cónyuges y el deber de socorro mutuo, con la aportación de bienes que han contribuido al levantamiento de las cargas del matrimonio. En este sentido, la pensión de viudedad conjetura una extensión de la situación matrimonial, prologándola tras el fallecimiento uno de los cónyuges que, por lo demás, actuaría de un modo completamente independiente de los bienes y derechos hereditarios evidenciados a favor del superviviente. De esta manera, con independencia de la mayor o menor masa hereditaria que recaiga a su favor, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho –si cumple con los requisitos establecidos legalmente- a una renta vitalicia de naturaleza pública que compense las desventajas que se derivan de la extinción del matrimonio a causa del óbito, entre ellas, por ejemplo, la pérdida del derecho a obtener alimentos virtud de lo preceptuado en el artículo 142 CC.

Por el contrario, este paradigma difiere un tanto en el supuesto de las personas divorciadas o separadas judicialmente, donde el punto de mira se centra, esta vez sí, en la situación de necesidad o dependencia económica respecto del causante. En este sentido, la pensión de viudedad también se reconocerá al ex cónyuge, es decir, la persona divorciada o separada judicialmente del causante. Si bien, el derecho de éstos cuenta con importantes salvedades en la norma de Seguridad Social, que se han ido intensificando paulatinamente con el paso de los años fruto de las sucesivas reformas legislativas.

Si nos remontamos a la promulgación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, observamos como la Disposición adicional 10ª de la citada norma prevenía que la pensión de viudedad correspondía “a quién sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio”. Junto con ello, se establecía que este derecho quedaba sin efecto en los supuestos del artículo 101 CC

(que se refiere a una pensión compensatoria a la que la DA 10ª no se refiere expresamente como requisito para su concesión).

La redacción original del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social mantuvo esta misma fórmula en su artículo 174.2. Sobre el particular, cabe recordar que el STC 22/2010, de 27 de abril, declaró inconstitucional el artículo 174.3 LGSS por existir una desigualdad de trato, al negarse la pensión de viudedad al ex cónyuge que posteriormente conviva *more uxorio* con otra persona, mientras que no se predicaba lo mismo frente al cónyuge “actual”, a quien sí que se le permitiría rehacer su vida sin perjudicar la pensión de viudedad que se encontrara disfrutando.

Poco tiempo después, la Disposición adicional 13ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, incluyó el requisito de que el ex cónyuge no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuyo caso se perdía el derecho a lucrar la pensión.

Con todo, el eslabón decisivo para la configuración legal de la pensión de viudedad en el caso de personas separadas o divorciadas vino a raíz de la promulgación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Así, de un lado, la prohibición de contraer nuevas nupcias a los efectos de poder ser beneficiario de esta pensión se extendió también a los casos en los que el ex cónyuge constituya una pareja de hecho. De otro lado, desapareció la remisión practicada sobre el artículo 101 CC (antes contemplada en el artículo 174.3 LGSS). Además, se pretendió asegurar una cuantía mínima para el cónyuge “actual” o “sobreviviente” consistente en el 40% del importe económico, en los casos en los que éste concorra con el ex cónyuge. De esta suerte, el importe de la pensión corresponderá a cada persona en función del periodo convivido con el causante, correspondiendo al último cónyuge sobreviviente, como mínimo, el referido importe. En último término, como aspecto más interesante para la vocación de este estudio, a través de la citada Ley se introdujo expresamente una mención sobre la pensión compensatoria, condicionando el acceso a la pensión de viudedad a la persona separada o divorciada que en el momento del óbito sea acreedora de esta renta.

Unos años más tarde, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, a través de su Disposición final 3ª (apartado décimo) introdujo como beneficiarias “incondicionadas” de la pensión de viudedad a las mujeres que acrediten ser víctimas de violencia de género, con el propósito de que para éstas no resulte exigible el cumplimiento de los requisitos generales predicados para el resto de personas divorciadas o separadas judicialmente.

Finalmente, vio la luz el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (en adelante TRLGSS) que alteró varios aspectos formales de la citada legislación, afectando,

entre otros, a las disposiciones relativas a la pensión de viudedad. En la actualidad, el contenido de este derecho ya no se encuentra en un único artículo, sino que se bifurca en varios preceptos. De este modo, el régimen jurídico de la pensión de viudedad del cónyuge superviviente se encuentra en el art. 219 TRLGSS, mientras que los supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial se contienen en el art. 220 TRLGSS, pasando la previsión sobre las parejas de hecho al número 221 TRLGSS. Como se podrá apreciar sin mayor dificultad, la claridad y ordenación expositiva que caracteriza a la actual regulación de la pensión de viudedad se pone de manifiesto respecto al texto anterior (que había alcanzado con los años una extensión bastante considerable y, además, entremezclaba varios supuestos de hecho). Con todo, lo que resulta interesante para el presente estudio es la nueva ubicación del régimen jurídico de la pensión de viudedad para las personas divorciadas o separadas judicialmente, ahora en el artículo 220 TRLGSS y cuyo apartado primero luce la siguiente redacción:

“En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, concurriendo los requisitos en cada caso exigidos en el artículo 219, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo siguiente.

Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última.

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 mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho”.

De la exégesis del artículo 220.1 TRLGSS se deduce que el acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas o divorciadas precisa de una serie de requisitos: a) que el solicitante no hubiera vuelto a convivir marialmente con otra persona, incluyendo en este concepto la constitución de una pareja de hecho, sin perjuicio de poder mantener cualquier tipo de relación afectiva que no llegue a concretarse en algunas de las referidas acciones; b) estar percibiendo una “pensión compensatoria”, la cual se tendría que extinguir, precisamente, con el fallecimiento del causante. Junto con ello, también habría que tener en cuenta el régimen temporal dispuesto por la Disposición transitoria 13^a TRLGSS (anteriormente contenida en la número

18^a), que contempla una serie de salvedades para los supuestos en los que la separación o el divorcio tuvo lugar con anterioridad al 1 de enero de 2008; c) Por su parte, si la viuda hubiera sido víctima de violencia de género no se aplicarán los anteriores requisitos, pues la norma expresa que tendrán derecho a la pensión “en todo caso”. De toda esta sistemática, en las siguientes líneas me detendré en el análisis del requisito de la pensión compensatoria como resorte para acceder a la pensión de viudedad, extremo que como tendremos ocasión de apreciar ha sufrido intensas vacilaciones doctrinales y que, a día de hoy, parecen en cierta medida resueltas.

2. Como acabo de esbozar, la Ley 40/2007 sujetó de manera expresa el derecho a la pensión de viudedad al percibo de la pensión compensatoria, por lo que se introdujo como nota determinante para las personas separadas o divorciadas la dependencia económica de una de las partes [PÉREZ ALONSO, M^a.A. “La pensión compensatoria y la pensión de viudedad: comentario a la STSJ de Cantabria de 22 de enero de 2009”, en *Aranzadi Social* n^o 6, 2009, p. 3 (BIB 2009/653); PAREDES RODRÍGUEZ, J.M. “La pensión compensatoria como requisito de la viudedad (Notas sobre la STS de 14 de febrero de 20120)”, en *Aranzadi Social* n^o 2, 2012, p. 2 (BIB/2012/656)]. Dicho de otro modo, la finalidad del precepto consistiría en conceder esta prestación a las personas divorciadas o separadas judicialmente que sufren una pérdida de ingresos como consecuencia del fallecimiento de uno de ellos [AZAGRA SOLANO, M. “Pensión compensatoria, pensión alimenticia y pensión de viudedad”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* n^o 7, 2012, p. 2 (BIB 2012/3075)]. De esta forma, si el separado o divorciado no viene percibiendo una pensión compensatoria es porque en el momento de la separación o divorcio no tenía necesidad de ella, por lo que el legislador deduce que tampoco sufrirá un trastorno económico tras la muerte de su antiguo consorte ni, por ende, ninguna situación de necesidad que cubrir. Así las cosas, el artículo 174.2 (actual artículo 220.1 TRLGSS) se refiere a la existencia de una pensión compensatoria entre los ex cónyuges como requisito para poder lucrar la prestación social de viudedad. Se trata, como veremos a continuación, de una renta de sustitución totalmente artificiosa, pues no tiene en cuenta los ingresos reales del supérstite [MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a. T. “Consecuencias negativas de la relación pensión compensatoria-pensión de viudedad de separados y divorciados”, en *Revista de Derecho de Familia*, n^o 52, 2012 p. 9 (BIB 2013/14771)]. Por ello, el punto de partida consistirá en este ensayo consistirá en identificar los aspectos básicos y notas definitorias de la pensión compensatoria.

De esta suerte, cuando se rompe el vínculo matrimonial una de las partes podría quedar resarcida a través de una compensación económica que deberá de satisfacer el cónyuge que posea una efectiva independencia patrimonial. Esta pensión se encuentra regulada en el artículo 97 CC y debe ser entendida desde el punto de vista de que, con su reconocimiento, se intentaría evitar que el perjuicio de la separación o divorcio recaiga exclusivamente en uno de los cónyuges. Por lo tanto, la ruptura

matrimonial debe de producir, en una de las partes, un desequilibrio económico respecto de la situación existente durante la relación marital. En este sentido, con la separación o divorcio, uno de los cónyuges vería alterado *in peius* el estatus que gozaba durante el matrimonio (AZAGRA SOLANO, “Pensión compensatoria, pensión alimenticia Ob. Cit. p. 2). Por consiguiente, para valorar la necesidad de imponer una pensión compensatoria habría que confrontar la realidad económica de cada una de las partes con anterioridad y con posterioridad a la ruptura del vínculo matrimonial. Así las cosas, se ha señalado que dicha pensión no es automática, pues resulta preceptivo probar el mencionado desequilibrio y, además, cabe apuntar que estaríamos ante un derecho disponible (PÉREZ ALONSO, “La pensión compensatoria...”, Ob. Cit. p.3). De otro lado, como ha señalado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (en su sentencia de 22 de junio de 2011 (rec. 1940/2008) en estos supuestos no habría que probar la existencia de necesidad, “toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge”. Junto con ello, es doctrina reiterada que el supuesto desequilibrio económico tiene que acontecer en el momento de la separación o divorcio, por lo que no cabrían pensiones preventivas o condicionadas, es decir, planteadas *pro futuro* (por todas: STS (Sala de lo Civil) de 18 de marzo de 2014 (rec. 201/2012), que no permitió la concesión de la pensión compensatoria ante una hipotética pérdida de trabajo en la empresa de su esposo tras la ruptura matrimonial).

Por su parte, la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria difiere del devengo de la obligación de alimentos entre parientes, cuyo soporte legal no se encuentra en el artículo 97 CC, sino en el artículo 142 CC y ss. Así, de un lado, los alimentos se adeudan durante la situación de normalidad en la convivencia conyugal, es decir, durante el matrimonio, mientras que la extinción del vínculo matrimonial suprime este derecho, salvo pacto expreso en contrario [CALLEJO RODRÍGUEZ, C. “Pensión de viudedad de separados y divorciados: la pensión compensatoria y el problema de las pensiones innominadas”, en *Actualidad Civil* nº 6, 2014, p. 7 (La Ley 2998/2014)]. En cambio, la pensión compensatoria no existe fuera de las crisis matrimoniales, sino solamente cuando los cónyuges ponen fin a su vínculo. De otro lado, como señalara la STS (Sala de lo Civil) de 10 de octubre de 2008 (rec. 839/2008), la pensión de alimentos tiene su origen en un imperativo legal y por ello los cónyuges están obligados a prestarse recíprocamente alimentos en tanto en cuanto perdure la relación matrimonial, mientras que, por su parte, la pensión de compensatoria responde a un patrón de voluntariedad, pudiendo pactarse por los cónyuges, establecerse por el juez e incluso renunciarse a su percibo.

El problema en este punto radica en que el artículo 220.1 TRLGSS se refiere exclusivamente a la pensión compensatoria, obviando otra serie de ayudas o prestaciones entre familiares. La referencia exclusiva practicada sobre la pensión

compensatoria por parte de la normativa de Seguridad Social reabre otra duda interpretativa de calado en el caso las “pensiones innominadas”, es decir, cuando las partes no aciertan con la calificación jurídica otorgada al *quantum* económico que uno de los cónyuges se compromete a facilitar periódicamente al otro. Esta problemática podría afrontarse desde dos puntos de vista, o si se prefiere, siguiendo dos interpretaciones jurídicas distintas. La primera de ellas pasaría por seguir una lectura literal y simplista del requisito de Seguridad Social y, con base al mismo, aceptar única y exclusivamente la pensión de viudedad cuando de forma indubitada la cantidad recibida por parte del cónyuge “histórico” lo sea en concepto de pensión compensatoria. La segunda interpretación consistiría en una tesis finalista en la que la cabría poner la atención en lo que las partes han querido constituir realmente y no tanto en la nomenclatura utilizada, es decir, se trataría de acudir al fondo de la renta percibida.

Como respuesta a este interrogante, en un primer momento, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo reaccionó interpretando la reforma del año 2007 acogiendo una tesis restrictiva o literal. Un ejemplo del anterior aserto vendría representado por la STS de 14 de febrero de 2012 (rec. 1114/2011) donde una mujer solicitó la pensión de viudedad tras fallecer su ex marido en 2008, habiéndose divorciado del mismo en 1997 y pactándose una pensión de alimentos para los dos hijos comunes y ninguna pensión compensatoria a su favor, no por ausencia de desequilibrio económico, sino por falta de recursos por parte del causante, que no disponía de suficiente patrimonio más que para hacer frente a las obligaciones alimenticias de los hijos cuya custodia fue otorgada a la madre. El Tribunal Supremo razonó que la situación de dependencia exigida para poder lucrar la pensión de viudedad se origina, única y exclusivamente, cuando se acredita el percibo de la pensión compensatoria. Señaló que “el tenor de la Ley es contundente, sin que quepa la interpretación que quiere darle la sentencia recurrida, porque hay que partir de la base de que el legislador conoce la diferencia entre pensión compensatoria y pensión alimenticia y entre separación legal y divorcio”. Unos días más tarde, la STS (Sala de lo Social) de 21 de febrero de 2012 (rec. 2095/2011) conoció de un supuesto en el que una mujer solicitó la pensión de viudedad tras fallecer su ex marido en 2009. La pareja se había divorciado en el año 1992 y desde entonces la mujer venía recibiendo del mismo una cantidad en concepto de “alimentos y ayuda a la misma e hijos”. El órgano judicial, acogándose a la sentencia citada anteriormente, volvió a interpretar este precepto de Seguridad Social de manera estricta y denegó la pensión de viudedad a la actora por los motivos acabados de esgrimir.

Ahora bien, esta doctrina fue corregida pocos años más tarde por mor de la STS de 29 de enero de 2014, dictada en Sala General (rec. 743/2014). Tras reconocerse las diferencias existentes entre pensión compensatoria y la obligación de alimentos, el Tribunal Supremo admitió que en muchas ocasiones las prestaciones económicas que se satisfacen como consecuencia de la disolución del matrimonio generan cierta confusión, en el sentido de que a veces son difíciles de identificar correctamente. En este sentido, la doctrina que pretende sentar la citada sentencia consistiría en que, en

el caso de pensiones innominadas, “no podemos pretender ceñimos exclusivamente a la denominación dada por las partes. Dicho de otro modo, no cabe una interpretación literal que exija que la pensión compensatoria haya sido fijada con esa denominación para poder admitir que se cumple con el requisito para el acceso a la prestación de viudedad”. De esta suerte, se deduce que se cabría acudir a la naturaleza de la pensión fijada a cargo del causante, cometiendo sobre el precepto de Seguridad Social una interpretación finalista.

Otro aspecto interesante de esta sentencia consiste en que se elabora un pequeño panorama de presunciones dependiendo de que la pareja tenga hijos en común o no. Así, señala el Tribunal Supremo que ante un “hipotético supuesto de divorcio sin hijos, salvo que de modo expreso se establezca el pacto de alimentos, tendrá que presumirse que cualquier cantidad fijada en favor del otro cónyuge ostenta la condición de compensatoria. Por el contrario, la fijación de una sola pensión cuando haya hijos que quedan a cargo de quien después resulta ser el superviviente habrá de presumirse como pensión de alimentos a favor de éstos”. En el supuesto conocida por esta sentencia, el ex marido venía transfiriendo la ex mujer una pensión en concepto de alimentos para el hijo en común, sin embargo, desde antes de la separación el menor ya no convivía con la madre, sino con otro familiar, siendo que, finalmente, cohabitó con el esposo. Pese a ello, durante todo el tiempo en el que estuvieron alejados –maritalmente hablando–, el causante venía abonando mensualmente una pensión que según había quedado acreditado no era tanto para la manutención del hijo, sino para el uso exclusivo de la mujer. Por lo tanto, esta suma periódica a favor de la esposa compartiría la naturaleza de una pensión compensatoria que, a la postre, permitiría a la mujer acceder a la pensión de viudedad. En este sentido, la dependencia económica respecto del ex cónyuge fallecido se produciría cuando se esté percibiendo una pensión compensatoria *stricto sensu*, pero también cuando el/la solicitante reciba cualquier otro pago regular o periódico de similares características y análogo propósito.

Esta misma doctrina no tardó en reproducirse y se utilizó para solventar un supuesto en el que una pareja que llevaba divorciada desde el año 1987 el ex marido venía reparando a la ex mujer con una suma mensual en concepto de “contribución a las cargas del matrimonio y alimentos para ella”. La STS (Sala de lo Social) de 30 de enero de 2014 (rec. 991/2012) interpretó que con independencia de la denominación dada a la citada prestación en el momento de la separación judicial, ésta consistía en una cantidad en beneficio exclusivo de la mujer, por lo que en estos casos también cabría permitir a la solicitante el acceso a la pensión de viudedad.

Algo más recientes, ya en el año 2016, vieron la luz una serie de sentencias durante el mes de febrero en las que se abordó nuevamente el problema de la pensión compensatoria a la hora de acceder a la pensión de viudedad, resolviéndose ambas en el mismo sentido exegético que el predicado desde el año 2014.

Así, de un lado, la STS (Sala de lo Social) de 12 de febrero de 2016 (rec. 2397/2014)

conoció de un supuesto en el que una mujer separada de su marido desde el año 1998 solicitó pensión de viudedad tras el fallecimiento del mismo en el año 2011, siendo que, en la sentencia de separación se acordó que la vivienda familiar quedase en uso y disfrute de la esposa e hijos del matrimonio y, además, se pactó el abono de una cantidad en concepto de “contribución a las cargas del matrimonio y alimentos para la hija menor”, rechazándose cualquier pago en concepto de pensión compensatoria. La citada sentencia se hizo eco de la doctrina dictada en Sala General y llegó a la conclusión de que tales prestaciones eran “obligaciones dinerarias que sin duda tenían por objeto compensar las dificultades económicas que la separación indudablemente había de producir a la esposa separada”. Como era de esperar, el fallo resolvió concediendo a la mujer solicitante la pensión de viudedad.

De otro lado, la STS (Sala de lo Social) de 26 de febrero de 2016 (rec. 2311/2014), también acogió sin fisuras la doctrina sentada por la Sala el pasado 29 de enero de 2014, en un supuesto de hecho donde los cónyuges se separaron judicialmente en el año 1994 y se acordó que el marido contribuiría a las cargas familiares con una cantidad abonada a la ex mujer y otra para la hija (a esta última contribuían ambos). Desde el año 2003 consta que la hija trabaja como maestra, por lo que disponía de su propio sustento y, pese a ello, la ex mujer continuaba percibiendo una cantidad mensual ingresada por el ex marido. Siguiendo la tendencia interpretativa que se está proyectando, se podrá deducir que en este supuesto el Tribunal Supremo concedió a la actora la pensión de viudedad. Para ello tuvo en cuenta los siguientes hechos: a) se había acordado una pensión para la hija y otra para la propia mujer; b) se concede por parte del juez una cantidad que textualmente viene referida para contribuir “a las cargas del matrimonio”; c) además, pese a la emancipación económica de la hija en común, la mujer continuó percibiendo dicha pensión hasta el fallecimiento del causante, que tuvo lugar más de seis años después. Por consiguiente, señaló el Tribunal Supremo que, “si ya la indefinición de la cantidad global fijada -aludiendo a las ‘cargas del matrimonio’- apuntaría a cualidad de pensión compensatoria, conforme a la doctrina más arriba expuesta, el hecho de que continuase siéndole abonada durante años tras emanciparse la hija en común, claramente sitúa a la cantidad referida -en todo caso- como exponente de la dependencia económica respecto del causante y con ello cumple -finalísticamente- el requisito al que atiende la pensión compensatoria”.

Así las cosas, el hecho relevante para poder lucrar la pensión de viudedad es la “dependencia económica” de uno de los cónyuges, extremo que tendría que existir en el momento del fallecimiento. En este sentido, la referencia legal a la pensión compensatoria prevista en el artículo 220.1 TRLGSS significaría simplemente que tal circunstancia presupone la realidad del desequilibrio patrimonial (AZAGRA SOLANO, “Pensión compensatoria, pensión alimenticia...”, Ob. Cit. p. 2). Ahora bien, tal y como se ha ido deduciendo a lo largo de este epígrafe, el tenor literal habría quedado ampliamente superado y la atención se ha ido centrando en el hecho de que el óbito del causante ponga fin a una renta a favor del solicitante de la pensión. Desde este punto de vista, la prestación de viudedad sería, en mi opinión, una

pensión que en el caso de las personas separadas o divorciadas actuaría en sustitución de la renta que una de las partes estaría recibiendo para su manutención, o bien como apoyo al levantamiento de las cargas matrimoniales. En consecuencia, aunque el artículo 220.1 TRLGSS se refiera expresamente a la pensión compensatoria y, además, direccione al artículo 97 CC, la viudedad se devengaría cualquiera que sea la denominación dada por las partes a la renta post matrimonial. Por ello, llegados a este punto y a la vista de la evolución jurisprudencial suscitada en la materia, me atrevo a aseverar que lo determinante para poder acceder a la prestación de viudedad es que el cónyuge “histórico” esté recibiendo cualquier renta que traiga causa en la ruptura del vínculo matrimonial. Ahora bien, esta deuda no sólo debe de haberse reconocido en el momento de la separación o divorcio, sino que, además, debe subsistir al tiempo del fallecimiento del ex cónyuge o dicho de otra forma, la muerte de éste tendría que poner fin a la misma. Por lo tanto, no basta con que en su momento se hubiera reconocido una pensión de naturaleza compensatoria a favor del ex cónyuge sobreviviente, sino que, además, ésta tendría que quedar extinguida con la muerte del causante. Por ello, en todos aquellos supuestos en los que la pensión se haya fijado de forma temporal o en los que, por cualquier otro motivo se haya extinguido con anterioridad a la muerte del deudor de la renta se frustraría el acceso a la pensión de viudedad. No hay que perder de vista que la limitación temporal de la pensión compensatoria imposibilitaría que, una vez concluido el plazo señalado, pueda volverse a conceder una nueva renta de estas características (MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a. T.: “Consecuencias...”, cit. p. 4).

Otra duda interpretativa de calado consistiría en deducir que es lo que sucedería en los casos en los que el ex cónyuge dejara de abonar la citada pensión compensatoria -o renta de similares características-, manteniéndose dicha deuda en el momento del fallecimiento. El problema aquí radica en que el artículo 220.1 TRLGSS condiciona la pensión de viudedad a su existencia en el momento del óbito. Por lo tanto, no se accederá a la misma cuando la renta compensatoria se haya extinguido con anterioridad al fallecimiento del causante. Sin embargo, desde mi punto de vista, en los casos de impago la obligación del pagador no se habría extinguido, sino que lo que se produciría sería más bien un incumplimiento que no podría perjudicar a la parte acreedora a la hora de acceder a la pensión de viudedad, por cuanto su derecho crediticio continuaría vigente. El Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular, en su sentencia de 18 de septiembre de 2013 (rec. 2985/2012). El supuesto conocido por la Sala de lo Social gravitó en torno a una mujer que tenía reconocida una pensión compensatoria en la sentencia que acordó su separación y que la iba percibiendo mientras su ex marido trabajaba, procediendo la empresa a descontar mensualmente de su salario dicha cantidad. La mujer ingresó el correspondiente monto económico desde el año 1991 hasta el año 2000, momento en el que el acreedor se jubiló dejó de pagar. La mujer no solicitó judicialmente la ejecución de la sentencia de separación, habiendo fallecido su ex cónyuge el 28 de febrero de 2011. El Tribunal Supremo entendió que si la norma hubiera querido que la persona beneficiaria de la pensión de viudedad estuviera

recibiendo la pensión compensatoria hubiera exigido en el tenor del precepto que fuera “perceptora” de la misma en el momento del fallecimiento del cónyuge. Sin embargo, la norma establece el requisito de que la persona sea “acreedora de la pensión compensatoria”. Por consiguiente, entrarían en este concepto todos aquellos supuestos en los que el cónyuge sea insolvente. Por lo tanto, lo decisivo será que la persona solicitante tenga reconocido el derecho a dicha pensión, con independencia de que se perciba o no realmente (TRILLO GARCÍA, A. y ARAGÓN GÓMEZ, C. “Prestaciones por muerte y supervivencia: Una visión de conjunto a la luz de las últimas interpretaciones jurisprudenciales”, en *Revista de Información Laboral*, nº 5, 2014, p. 115). Asimismo, la ausencia de impugnación judicial sólo produciría la prescripción de los sucesivos periodos de pensión, pero en ningún caso supondría su extinción ni mucho menos podría considerarse como un signo terminante de renuncia a la misma. Por ello, a resultas de poder acceder a la pensión de viudedad la pasividad de la beneficiaria de la renta compensatoria no tendría ningún efecto, ya que dicha decisión no supone una renuncia, ni mucho menos simboliza su extinción. En consecuencia, la terminología empleada por el artículo 220.1 TRLGSS, que expresamente se refiere a que las personas solicitantes “sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil” significa que debe existir ese derecho en el momento del fallecimiento. Por este motivo, en todos aquellos supuestos legales en los que la renta conyugal llegue a su fin, no se tendría derecho a la pensión de viudedad. Cuestión distinta es que la pensión compensatoria exista pero su perceptor no la esté disfrutando por un acto de rebeldía por parte del deudor o bien por ser éste insolvente, en cuyo caso el derecho no se habría extinguido por esta circunstancia. En estos casos la extinción vendría provocada en el momento del fallecimiento del causante, puesto que hasta ese momento una de las partes seguía siendo “acreedora” de la misma. Por ello, este incidente compadecería con la dicción del artículo 220.1 TRLGSS. En fin, el impago de la pensión compensatoria no perjudica el derecho a la pensión viudedad, que sólo se produciría con la efectiva extinción de la primera.

3. Otra situación que podría ocurrir y que también plantea serias dudas en cuanto a las posibilidades de acceso a la pensión de viudedad, vendría representada por una eventual reconciliación de los cónyuges que previamente se hayan separado o divorciado. Para ello, primero habría que comprender los efectos jurídicos que producen, respectivamente, la separación judicial y el divorcio. La primera de estas figuras supone un relajamiento de la actividad conyugal que no disuelve por completo el matrimonio. Por el contrario, el divorcio rompe por completo el vínculo matrimonial y por ello habilitaría para contraer nuevas nupcias. Con todo, aquí el problema no se focaliza en el caso en el que una de las partes de la pareja pretenda rehacer su vida con otra persona, extremo que haría impracticable el acceso a la pensión de viudedad, sino en que sean los propios ex cónyuges quienes reanuden de nuevo la convivencia entre sí. De tal manera, desde mi punto de vista, en el primero de los casos ésta se podría lograr siempre que la reconciliación se

ponga en conocimiento del juez, no pudiéndose producir una convivencia *more uxorio* porque el vínculo matrimonial no se habría por completo. Por su parte, en los casos de divorcio las partes sí que podrían contraer nuevas nupcias entre sí o también formalizar *ex novo* una pareja de hecho.

Para resolver estos supuestos la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha sido algo más vacilante y no existiría por el momento una jurisprudencia firme y asentada que se inclinara por una solución definitiva. En un primer momento, el Tribunal Supremo obligaba a los cónyuges a validar su reconciliación ante el juez que dictó la sentencia de separación. Así, en la STS (Sala de lo Social) de 15 de diciembre de 2004 (rec. 359/2004) se consideró que en tanto en cuanto no se modifique la separación matrimonial por una nueva resolución judicial, la convivencia posterior sería legalmente inexistente, por más que pueda seguir dándose en la práctica. Se determinó en la citada sentencia que debido a “las exigencias de la propia naturaleza de un Estado de Derecho, la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no puede surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha, en tanto no se obtenga el refrendo judicial modificador de la situación de separación y propio de la reconciliación matrimonial comunicada, oportunamente, al Órgano Judicial”. El resultado práctico de esta interpretación llevaría a que a la hora de valorar el derecho a la pensión de viudedad tengamos a acudir al actual artículo 220 TSLGSS, referido a las personas separadas o divorciadas, que cuenta con unos condicionantes más severos y no así al artículo 219 TRLGSS, que se ocupa de las personas que estaban casadas en el momento del óbito. En el supuesto conocido por la STS de 15 de diciembre de 2004 la mujer no cumplía con todos los requisitos exigidos para las personas separadas judicialmente, razón por la cual se le denegó la pensión. En fin, el elemento a destacar sería que la reanudación de la convivencia no produciría efectos frente a terceros, en este caso el INSS, en tanto en cuanto no haya sido comunicada al juez, tal y como se deduce en el código civil.

Esta doctrina dio un giro años más tarde, cuando se dictó la STS (Sala de lo Social) de 4 de marzo de 2014 (rec. 1593/2014). El supuesto de hecho de la citada sentencia consistió en una pareja que se separó judicialmente en el año 1998 y que posteriormente se reconcilió formalizando escritura pública notarial que, no obstante, no fue comunicada al juez. El Tribunal Supremo entendió que el anterior artículo 174.2 LGSS condicionaba la pensión a que no se hayan contraído nuevas nupcias o se hubiera constituido pareja de hecho con otras personas, por lo que sí que podrían, naturalmente, tener vínculo matrimonial entre ellos mismos. También abría la posibilidad a que se pudiera constituir una pareja de hecho o mantenerse una relación *more uxorio*. Con todo, desde mi punto de vista el problema no sería ese. Naturalmente que la interdicción acerca de rehacer la vida sentimental viene referida respecto de terceras personas, circunstancia que no haría otra cosa que anular la

expectativa de poder lucrar la pensión de viudedad. Pero en estos casos entiendo que habría que ir más allá y acudir a la naturaleza jurídica de una separación judicial y de un divorcio y a partir de ahí plantear los escenarios en los que de una forma legal, es decir, con repercusión no sólo *inter partes*, sino también frente a terceros cabría admitir una reconciliación. En este sentido, para que la reanudación de la relación conyugal surta efectos tras una separación judicial sería necesaria la intervención judicial, del mismo modo que para validar la separación se tuvo que acudir al pronunciamiento de un juez. La STS de 4 de marzo de 2014 llevó a cabo una interpretación flexible de los preceptos reguladores de la pensión de viudedad, muy alejado de su tenor literal, permitiendo su acceso en situaciones en las que, de otro modo, se tendría que haber denegado [PRESA GARCÍA-LÓPEZ. “Pensión de viudedad sí o sí. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2014”, en *Revista de Información Laboral*, nº 6, 2014, p. 3 (BIB 2014/2531)].

Posteriormente, el Tribunal Supremo corrigió la interpretación mantenida por la STS de 4 de marzo de 2014. Esta revisión doctrinal se produjo por mor de la STS (Sala de lo Social) de 16 de febrero de 2016 (rec. 33/2014). El supuesto de hecho consistió en una pareja que se casó en el año 1984 y en 1997 se separó judicialmente, renunciando expresamente a solicitarse pensiones compensatorias, si bien, optaron por reanudar la convivencia, la cual se mantuvo hasta la fecha del fallecimiento del causante (2009), circunstancia que nunca fue comunicada al juez que dictó la sentencia de separación. Para desdejar la solución alcanzada en 2014 el Tribunal Supremo realizó un esfuerzo interpretativo adicional para intentar comprender la génesis del problema derivado en los casos de separación y divorcio, cuya naturaleza es estrictamente civil, aunque sus efectos trasciendan al campo del Derecho Social. En este sentido, el Tribunal Supremo planteó los siguientes escenarios:

- En caso de separación el vínculo matrimonial sigue vigente. Por lo tanto, no podría constituirse válidamente una pareja de hecho entre los cónyuges “sin que a ello obste la privación del efecto natural del matrimonio de que los cónyuges vivan juntos, de modo que en caso de reconciliación no se constituirá una convivencia, con análoga relación de afectividad a la conyugal, constitutiva de una pareja de hecho, sino que pasa a tener nuevamente efectividad la obligación de los cónyuges de vivir juntos, presumiéndose otra vez que así lo hacen”.
- Sin embargo, en el divorcio, una vez disuelto el vínculo matrimonial, “puede generarse una situación de pareja de hecho entre los antiguos cónyuges, pues ya hemos visto que la reconciliación posterior no produce efectos legales y si los divorciados contraen entre sí nuevo matrimonio, será esta nueva situación matrimonial la que genere sus efectos”.

En fin, en los supuestos de separación judicial la reanudación de la convivencia podría canalizarse por varias vías. Por un lado, se podría interesar el reconocimiento de una posible situación de pareja de hecho, reconducible por el artículo 221

TRLGSS, si bien, esta opción es descartada por parte del Tribunal Supremo con base a la ausencia de la ruptura del vínculo matrimonial, que todavía seguiría vigente. De otro lado, se podría interesar la aplicación del artículo 219 TRLGSS pensado para los cónyuges “actuales”, es decir, aquellos que no estén separados ni divorciados. No obstante, para poder validar esta situación sería necesario un nuevo pronunciamiento judicial, pues como recuerda la STS (Sala de lo Social) de 16 de febrero de 2016 –ya citada– “la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no pueden surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha”. En este sentido, cuando las partes no han comunicado al juez la reanudación de su convivencia les resultarán de aplicación los requisitos del artículo 220 TRLGSS, en concreto, por ser el condicionante que más problemas puede causar en estos casos, que uno de ellos sea acreedor de una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante. Consiguientemente, sería requisito imprescindible para poder eludir este escollo que los cónyuges insten el pronunciamiento judicial sobre su reconciliación. Sólo de este modo podría tener efectos frente a terceros, en concreto contra el INSS. Por su parte, en los casos de divorcio sería necesario que las partes vuelvan a contraer nuevas nupcias entre ellos o, incluso, éstos también podrían llegar a constituir válidamente una pareja de hecho, en cuyo caso habría que estar a las exigencias formales predicadas por el artículo 221 TRLGSS.

4. La incorporación del requisito consistente en que la pensión compensatoria se extinga con el fallecimiento del causante llevó al legislador a establecer un derecho transitorio para separaciones o divorcios consumados con anterioridad al 1 de enero de 2008 (que se amplió transitoriamente hasta el 31 de diciembre de 2009). Este régimen especial se acomodó sistemáticamente en la Disposición transitoria 18^a LGSS y, en la actualidad, tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, se contiene en la Disposición transitoria 13^a TRLGSS. Por la vía de esta disposición transitoria se puede salvar el requisito de que la persona separada o divorciada sea acreedora de una pensión compensatoria en los términos vistos con anterioridad, siempre y cuando se cumplan con otra serie de condicionantes. Por lo tanto, el acceso a la pensión por esta senda su reconocimiento tampoco va a ser automático, sino que, más bien conduciría a una compensación entre restricciones legales, en el sentido de que para superar el escollo de la pensión compensatoria es necesario acreditar otra serie de situaciones de convivencia. En este sentido, a la luz de la señalada disposición transitoria se precisa que los ex cónyuges hayan mantenido el vínculo matrimonial durante más de 10 años y correlativamente que entre la fecha de la separación o divorcio hayan transcurrido menos de 10 años. En consecuencia, si la separación o divorcio tiene que ser anterior al 1 de enero de 2008 y entre esta vicisitud y el fallecimiento no pueden pasar más de 10 años significará que, como tarde, esta dinámica transitoria podrá prolongarse hasta el 1 de enero de 2018, momento a partir del cual ningún solicitante de la pensión cumpliría con el

predicado requisito. De esta forma se cumpliría con el objeto de la transitoriedad que lo que buscaría sería contrarrestar la exigencia de que el cónyuge “histórico” sea acreedor de la pensión compensatoria cuando en el momento de su separación o divorcio no era exigible o, por lo menos, de forma tan evidente, acreditar el percibo de la citada renta, pues no cabe olvidar que la misma es voluntaria y puede negociarse en el momento de la separación o divorcio.

Junto con las citadas exigencias temporales se tendrían que dar, además, alguno de los siguientes supuestos: a) la existencia de hijos comunes en el matrimonio y/o; b) que la persona solicitante tenga más de 50 años en el momento del fallecimiento del causante. Así las cosas, bastaría con que se cumpliera, por añadidura, con uno de los citados requisitos.

No obstante, la presente Disposición transitoria encierra algunas dudas interpretativas de calado, no tanto respecto a cuestiones de fondo, sino sobre el cómputo de los plazos en ella señalados y que, a la postre, supondría el ingrediente principal para poder salvar la ausencia de una pensión compensatoria. Así, de un lado, la citada norma indica que entre la separación o el divorcio y la fecha del óbito no pueden haber transcurrido más de 10 años. El cómputo de este plazo ha planteado algunos problemas en cuanto a la fijación de su *dies a quo*, sobre todo, en los supuestos nada infrecuentes en los que una pareja decide separarse judicialmente y con posterioridad acude a la figura del divorcio para liquidar definitivamente su vínculo matrimonial. Esta cuestión ha sido abordada en varias ocasiones por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que ha mantenido en este punto una postura uniforme en el sentido de interpretar que el *dies a quo* se produce con el primero de estos acontecimientos, es decir, la separación judicial. En concreto, la STS de 2 de noviembre de 2013 (rec. 3044/2012) conoció de un supuesto en el que una mujer se separó judicialmente de su marido en el año 1998, produciéndose posteriormente el divorcio en el año 2007. El causante falleció en 2010, habiendo pasado más de 10 años desde la separación. En consecuencia el Tribunal Supremo entendió que no era de aplicación la Disposición transitoria 18ª (ahora Disposición transitoria 13ª). Supuestos similares fueron abordados por las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de diciembre 2013 (rec. 721/2013), 28 de abril de 2014 (rec. 1737/2013), 19 de noviembre de 2014 (rec. 3156/2013), 5 de febrero de 2015 (rec. 166/2014) o 13 de mayo de 2015 (rec. 1253/2014). Algo más reciente, la STS (Sala de lo Social) de 16 de febrero de 2016 (rec. 2300/2014), también se ocupó de este problema en un supuesto donde la parte demandante vino ocupada por la última mujer del causante, que solicitó judicialmente que la ex mujer no tuviera derecho a una parte de su pensión, acogiéndose para ello en que habían transcurrido más de 10 años desde la separación de su marido con la primera (y no se había pactado una pensión compensatoria). En este supuesto concreto el causante se casó con su primera mujer en el año 1972, separándose judicialmente en el año 1985 y produciéndose el divorcio varios años más tarde, ya en 2005. Por lo tanto, si se tomara en consideración la fecha del divorcio no habrían pasado más de 10 años entre esta vicisitud y el fallecimiento, mientras que si se fija como *dies a quo*

la separación judicial, el citado periodo se habría superado con creces. En este sentido, la sentencia de 16 de febrero de 2016 considera que “el periodo de diez años debe computarse a partir ‘del divorcio o de la separación judicial’, esto es a partir de la situación jurídica que se produzca primero, la separación judicial o el divorcio, porque así lo indica la conjunción o que es disyuntiva, de lo que se deriva que el cómputo se hace a partir de la producción del primer hecho (jurídico) que suceda”. Así las cosas, en este supuesto concreto la primera mujer no tendría derecho a la pensión por no ser acreedora de ninguna pensión en el momento del fallecimiento del causante. Así, correspondería la totalidad de la pensión a la segunda mujer, que fue la que combatió la decisión del INSS que había reconocido su disfrute a la primera, fraccionando la pensión entre dos personas.

También llegó a esta misma conclusión la STS (Sala de Social) de 5 de octubre de 2016 (rec. 1613/2015) en la que, nuevamente, la persona causahabiente reclamó que el INSS resolviera en favor de la ex mujer, cuyo matrimonio se había terminado más 10 años año atrás. En este supuesto la separación se produjo en el año 1998, el divorcio en 2007 y el fallecimiento del causante en 2011. En principio, el INSS reconoció la pensión a la segunda mujer por una cantidad de 1.283,38 euros, y posteriormente dictó una nueva resolución por concurrencia con la primera y repartiendo la pensión en función del tiempo convivido (correspondiendo el 40% a la que fue su última mujer, que este contexto representaba 513,35 euros mensuales y obligándole a devolver una parte de lo que ya había cobrado). Como entre la sentencia de separación y el fallecimiento del causante habían transcurrido más de 10 años, el Tribunal Supremo reconoció la totalidad de la pensión a quien era la mujer en ese momento (en este caso la sentencia de separación con la primera esposa había reconocido pensión compensatoria a favor de la misma, pero quedó extinguida en otro momento posterior).

En fin, la dinámica conyugal permite, a la luz del Derecho Civil, que primero se produzca la separación judicial del matrimonio y más tarde el divorcio. Por el contrario, una pareja no podrá obtener el divorcio y posteriormente una sentencia de separación, puesto que la primera decisión rompe definitivamente el vínculo matrimonial y por ello sería necesario volver a contraer matrimonio. Visiblemente, los problemas respecto al *dies a quo* del plazo dispuestos en la Disposición adicional 13ª TRLGSS solamente aparecerán cuando la pareja se haya separado judicialmente y posteriormente inste el proceso de divorcio, en la mayoría de casos, para permitir que cualquiera de ellos pueda volver a contraer matrimonio de nuevo. En estos casos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo, habría que estar a la fecha de la separación judicial, siendo éste el inicio del cómputo de los 10 años que en la actualidad fija la Disposición transitoria 13ª TRLGSS. Esta interpretación compadecería con la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que en los casos en los que la separación precede al divorcio no permite revisar el desequilibrio económico entre los cónyuges dentro del segundo procedimiento, extremo que se debería fijar, en su caso, en la primera de las realidades. Así, por ejemplo, se podría traer a colación la STS (Sala de lo Civil) de 9

de febrero de 2010 (rec. 501/2006) en la que se puede leer lo siguiente: “procede declarar como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que genera el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial, aunque se acuerde el pago de alimentos a uno de los cónyuges, sin que el momento del divorcio permita examinar de nuevo la concurrencia o no del desequilibrio y sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria”. Como vemos, para valorar el desequilibrio económico la jurisprudencia civil tiene en cuenta la primera de estas dos situaciones, otorgando un papel importante, no secundario, a la separación judicial cuando esta precede al divorcio. Consecuentemente, también parece congruente que para el eventual acceso a la pensión de viudedad se tenga en cuenta como fecha de referencia el momento de la separación judicial, extremo que ocurrirá, de acuerdo con el artículo 83 CC, con la firmeza de la sentencia o decreto que la declare, o bien desde la manifestación del consentimiento de ambos otorgado mediante escritura pública. No obstante, para poder desplegar efectos frente a terceros será necesario inscribir este hecho en el Registro Civil. Ahora bien, una vez inscrito, entiendo que los efectos de la separación se retrotraen a la fecha de la sentencia, decreto o escritura pública, momento en el que comenzaría a correr el señalado plazo de 10 años. El objetivo perseguido por la norma de Seguridad Social sería el de compensar el desequilibrio económico que producen la separación judicial o el divorcio, siendo que, dicho trastorno patrimonial vendría provocado por la situación que acontezca primero. Con todo, ni que decir tiene que si en el momento del óbito el cónyuge “histórico” fuera acreedor de una pensión compensatoria el tiempo transcurrido sería irrelevante, pues no resultaría de aplicación la Disposición transitoria 13^a TRLGSS, sino el artículo 220.1 TRLGSS. Subsiguientemente, todas estas consideraciones cobrarían sentido en el caso de separaciones producidas con anterioridad al 1 de enero de 2008 y en tanto en cuanto no perviva a favor del ex cónyuge una pensión compensatoria o renta de signo similar.

No se puede dejar pasar por alto en este punto la interpretación que la STS (Sala de lo Social) de 14 de marzo de 2016 (rec. 208/2015) llevó a cabo sobre el momento en el que comenzaría a correr el plazo en el supuesto de un divorcio donde las partes firmaron un convenio regulador el 20 de noviembre de 2007 (donde no se formulaba propuesta alguna respecto de la pensión compensatoria prevista en el art 97 del CC). Más tarde, con fecha de 12 de diciembre presentaron de común acuerdo demanda de divorcio, cuya sentencia recayó el 8 de febrero de 2008 (por lo que, legalmente, el divorcio tuvo lugar en esa fecha, es decir, con posterioridad al 1 de enero de 2008). En este concreto supuesto el Tribunal Supremo cometió una interpretación ciertamente discutible pero ceñida a un supuesto muy específico donde se concluyó que a pesar de que la “sentencia de divorcio se dictó en fecha 8 de febrero de 2008, debe estimarse que en este concreto supuesto debe reconocerse el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad por aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 18 de la Ley General de la Seguridad Social sin que resulte exigible para generar dicha prestación de viudedad la previa existencia de una pensión compensatoria tras la separación o el divorcio de los

cónyuges”. Tuvo en cuenta la Sala que el divorcio fue pactado de común acuerdo y que con anterioridad al 1 de enero de 2008 ya se había acordado un convenio regulador y se presentó demanda judicial, trasladando las consecuencias negativas al retraso judicial no imputable a las partes. Se trata de una interpretación flexible que resuelve una cuestión muy concreta y que por razones temporales evidentes ya no se podría volver a producir, por lo que entiendo que debería quedar circunscrita a este preciso supuesto y, en consecuencia, no sería trasladable analógicamente a otras situaciones.

Así las cosas, para solucionar estos supuestos habrá que estar a lo dispuesto por los artículos 83 y 89 del Código Civil que se refieren a los efectos de la separación judicial y divorcio, respectivamente. En la actualidad, tras la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, estos preceptos sitúan la fecha a partir de la cual comenzarán a producirse los efectos en el momento de la sentencia, decreto o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública. El objetivo de la reforma gravitó en aligerar el proceso de separación y divorcio en matrimonios sin hijos o siendo éstos mayores de edad y que de común acuerdo decidan poner fin al mismo. Por su parte, cuando existan hijos menores en común parece más prudente que el juez entre a conocer sobre la crisis matrimonial, pues deberá de pronunciarse sobre una serie de consecuencias con cierta relevancia práctica, necesarias para preservar el interés del menor. De esta suerte, la fecha dependería del camino procedimental seguido para llevar a cabo la separación o divorcio. En este sentido, cuando alguna de estas vicisitudes se solicita por la vía del artículo 82 CC o del artículo 87 CC habrá que estar a la fecha del decreto dictado por el Secretario Judicial o a la escritura pública notarial, mientras que sí se precisa la intervención del juez habrá que estar a la fecha de la firmeza de la sentencia. Como vemos, existen tres momentos distintos dependiendo de la senda recorrida. Ahora bien, la aplicación de la Disposición transitoria 13ª TRLGSS precisa que la separación o divorcio se haya producido con anterioridad al 1 de enero de 2008, por lo que tendríamos que tener en cuenta la redacción del Código Civil anterior, en la que solamente era posible obtener estas incidencias matrimoniales por la vía judicial. En este sentido, los artículos 83 y 89 CC se referían exclusivamente a la firmeza de la sentencia como fecha de manifestación de los efectos jurídicos. Por lo tanto, para contar el plazo de 10 años entre la separación o divorcio y el fallecimiento del causante habrá que estar a la fecha de la firmeza de la sentencia judicial que declaraba dicha situación, única opción legal existente con anterioridad a la reforma producida en 2015.

En último término interesa señalar que el legislador ha previsto un supuesto excepcional donde la pensión de viudedad podría ser concedida sin necesidad de acreditar los requisitos ordenados en la citada Disposición transitoria. No en vano, tendría que ser para “personas que se encuentren en la situación señalada en el primer párrafo del apartado anterior, aunque no reúnan los requisitos señalados en el mismo”, de lo que se deduce que tendría que ser para matrimonios separados o divorciados con anterioridad al 1 de enero de 2008, pues de otra forma no se

entendería su ubicación sistemática en una Disposición de naturaleza transitoria. Sin embargo, para poder tener derecho a la pensión de viudedad estas personas tendrían que tener al menos 65 años o más y que además no tengan derecho a otra pensión pública y que la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a 15 años. Por lo tanto, de lo que se le exonera es de que hayan pasado menos de 10 años entre la separación o divorcio y el fallecimiento y que además tenga hijos con el causante o, en su caso, más de 55 años. Por su parte, el tiempo de convivencia conyugal exigido se amplía de 10 a 15 años y se le añade el ingrediente de no tener derecho a otra pensión pública, por ejemplo, una incapacidad permanente o atendiendo a la edad evidenciada, quizás una pensión de jubilación. Como vemos, no sería una opción incondicionada, pues en la práctica lo que se produciría es un canje o intercambio de requisitos legales, salvando unos para condicionar otros. Con todo, la exigencia de una determinada edad unida a la carencia de rentas, en el sentido de no tener acceso a otra pensión pública, acercaría esta “modalidad” a un nivel un tanto más asistencial que, en mi opinión, sería por donde tendría que ir encaminada esta pensión.

La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 modificó el por aquel entonces era el artículo 172.2 LGSS para incluir como beneficiarias incondicionadas de la pensión de viudedad a las mujeres víctimas de violencia de género. La redacción del precepto, ahora ubicado en el artículo 221.1 TRLGSS, indica textualmente lo siguiente: “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 mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho”.

La Exposición de Motivos de la norma no explica cuál es el propósito de esta incorporación, si bien, en opinión de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia de 5 de febrero de 2013 (rec. 929/2012), a través de la misma “se pretende corregir la situación de desprotección de las víctimas de violencia de género en la fecha de separación o divorcio”. En la citada sentencia el Tribunal Supremo manifestó que sería más probable que estas mujeres se vean abocadas a renunciar a la pensión compensatoria en aras de poner fin a la indeseable convivencia y violencia que sobre ellas se ejercía. Por lo tanto, se opina que el legislador podría estar presumiendo una vinculación entre la violencia de género y la falta de pensión compensatoria. En cualquier caso, la técnica utilizada en el párrafo normativo acabado de reproducir no parece plantear dudas sobre la inexigibilidad de acreditar la extinción de una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del ex cónyuge. La utilización del término “en todo caso”, unido a la inexistencia de cualquier tipo de salvedad, aclaración o apostilla parece inclinar la balanza hacia una interpretación literal, en detrimento de cualquier otra posible

explicación finalista. Así lo ha venido considerando sin ambages la jurisprudencia (SSTS 26 de enero de 20110 (rec. 4587/2009), de 5 de febrero de 2013 (rec. 929/2012) o de 20 de enero de 2016 (rec. 3106/2014). Por descontado, para todas aquellas mujeres que hubieran sido víctimas de violencia de género por parte de sus ex parejas tampoco resultaría de aplicación la Disposición transitoria 13^a TRLGSS y con ello los más de 10 años de convivencia, menos de 10 entre la separación o el divorcio y además tener hijos comunes o 55 años de edad. La razón es evidente, si las mujeres que hayan sufrido violencia de género no tienen la necesidad de ser acreedoras de una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante, tampoco tendrían que acreditar aquellos requisitos que transitoriamente servirían para sortear la ausencia de la citada pensión. En definitiva, desde mi punto de vista el legislador habría hecho tabla rasa en materia de violencia de género, permitiendo la pensión de viudedad a las mujeres que acrediten ser víctimas de esta lacra, incluso, aunque se hubieran vuelto a contraer nuevas nupcias o formalizado pareja de hecho con otra persona. Ahora bien, persistiría la obligación de cumplir con los requisitos generales establecidos en el artículo 219 TRLGSS para los cónyuges sobrevivientes o “actuales”, es decir, aquellos matrimonios que no se han separado. En este sentido, *de facto*, el tratamiento dispensado sobre las mujeres víctimas de violencia de género que se hubieran separado o divorciado de su marido, sería idéntico al previsto para los cónyuges cuyo matrimonio ha perdurado hasta el fallecimiento de uno de ellos.

La forma de acreditar el padecimiento de alguna conducta reveladora de violencia de género consistirá, normalmente, en una sentencia dictada por un Juzgado de Violencia sobre la Mujer. En cualquier caso, pese a que los supuestos en los que existe un pronunciamiento judicial firme son los más evidentes, el tenor de la norma también abre la posibilidad a otros momentos anteriores, tales como la adopción de una orden de protección como medida cautelar o incluso la existencia de un informe emitido por parte del Ministerio Fiscal donde se acrediten los indicios de violencia de género. Pero, además, el artículo 220.1 TRLGSS también habla de “cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho”, por lo que admitiría un amplio abanico de formas de acreditar una situación de violencia de género, que eso sí, debe de acontecer en el momento de la separación o divorcio. En este sentido, la STS (Sala de lo Social) de 20 de enero de 2016 –ya citada-, ante la ausencia de un pronunciamiento judicial que la sustente, acudió al panorama indiciario para reconocer el ejercicio de violencia de género sobre la ex mujer. En este supuesto, la mujer denunció por malos tratos a su marido (siendo este último absuelto, pero no por inexistencia de causa, sino porque la mujer retiró la denuncia); posteriormente, en el proceso de disolución del matrimonio volvió a resultar acreditado un clima hostil provocado por el marido; en último término, el causante fue condenado por amenazas provocadas contra el hijo común, llegándose a la conclusión que la violencia ejercitada contra el hijo redundaba también en una violencia contra la mujer (“es decir, si el padre ejerce violencia sobre el hijo común y la madre se enfrenta por tal motivo estamos ante un indicio de violencia de género”). Pese a no existir sentencia condenatoria, medidas cautelares, ni informe del Ministerio Fiscal, el TS

concedió la pensión de viudedad a la ex mujer del causante, pues el panorama indiciario suministró los medios probatorios suficientes, que en su conjunto, demostraban que ésta fue víctima de violencia de género durante los años anteriores a la separación matrimonial -y también durante dicho proceso-.

En último término señalar que el propio artículo 220.1 TRLGSS sugiere que la violencia de género se produzca “en el momento de la separación judicial o el divorcio”. De esta forma, se produciría en mi opinión cierta conexión entre la conducta violenta, la separación o divorcio y la ausencia de aprobación de una pensión compensatoria. Por lo que, siendo cierto que el legislador ha querido privilegiar el acceso a la pensión de viudedad a las mujeres víctimas de violencia de género, dispensándolas de cualquier otro requisito, sí que parece exigir que el ejercicio de dicha conducta concorra en el momento de la separación y divorcio. Con todo, los órganos jurisdiccionales no suelen ser muy estrictos en este punto. Evidentemente, la situación violenta tiene que producirse alrededor del proceso de separación y divorcio y no en momentos temporales totalmente descontextualizados con este suceso, pero ello no significa que se tenga que reproducir justo durante este periodo. En este sentido, por el “momento de la separación judicial o el divorcio” se han admitido conductas acaecidas uno o dos años antes de la crisis matrimonial, o incluso después.

5. Como se habrá podido comprobar, el vínculo existente entre la pensión de viudedad y la pensión compensatoria, acordada en los procesos de separación o divorcio, evidencia una serie de problemas interpretativos bastante significativos. Desde su implantación en el año 2007 como requisito de acceso de la pensión de viudedad han sido numerosos los pronunciamientos judiciales los que han intentado perfilar su régimen jurídico, en especial, el Tribunal Supremo. Sin embargo, las dificultades interpretativas que origina este requisito legal no sería el principal problema que encierra su inserción en la norma de Seguridad Social. La cuestión es mucho más profunda y se plantea en torno a la necesidad de que el fallecimiento del ex cónyuge extinga una pensión compensatoria a favor del superviviente. En mi opinión, la pensión compensatoria no refleja con fidelidad la situación económica del ex cónyuge del causante, por varios motivos. Se trata de un negocio jurídico que refleja el desequilibrio económico en el momento de la separación o divorcio, que no se fija en el mayor o menor patrimonio de las partes, sino en su peor situación respecto de la situación marital. Además, su reconocimiento es de carácter voluntario y no viene señalado *sine die*, sino que puede fijarse temporalmente o bien extinguirse en un momento determinado, frustrando en estos casos el acceso a la pensión de viudedad. Por lo tanto, su dinámica podría dar lugar a escenarios absurdos, tales como que una persona con patrimonio suficiente para sobrevivir pueda acceder a una prestación de naturaleza pública por haber mantenido el derecho a percibir una pensión compensatoria o similar hasta el momento en que su ex cónyuge fallece, mientras que otra persona sin recursos y con mayores

necesidades podría ver frustrado este derecho por el simple hecho de que su antiguo cónyuge no venía obligado/a a satisfacer ninguna renta. Junto con ello, se estarían prácticamente anulando las posibilidades de que los hombres puedan acceder a la prestación por viudedad, pues según datos del INE, en el año 2013 en 9 de cada 10 casos de separación o divorcio el pago de la pensión compensatoria fue asignado al esposo, en 2014 el porcentaje fue del 92,2% y los últimos datos recogidos, de 2015, el mismo significó el 92,3%. Lo que evidencia que los hombres no suelen ser beneficiarios de ninguna renta tras la ruptura del matrimonio, por lo que, con independencia de la situación económica en la que se encuentren en el momento del eventual fallecimiento de la ex esposa no podrían acceder a la pensión de viudedad. En fin, el carácter voluntario, privado, restringido en cuanto al momento de su reconocimiento y volátil o temporal de la pensión compensatoria hace pensar que no sea el mejor patrón de medida para poder acceder a una prestación permanente y de naturaleza pública como es la pensión de viudedad, cuyo propósito debería centrarse en analizar la verdadera situación económica del solicitante.

BIBLIOGRAFÍA

AZAGRA SOLANO, M.: “Pensión compensatoria, pensión alimenticia y pensión de viudedad”, *Aranzadi Doctrinal* n° 7, 2012.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “Pensión de viudedad de separados y divorciados: la pensión compensatoria y el problema de las pensiones innominadas”, en *Actualidad Civil* n° 6, 2014.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a. T.: “Consecuencias negativas de la relación pensión compensatoria-pensión de viudedad de separados y divorciados”, en *Revista de Derecho de Familia*, n° 52, 2012.

PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: “La pensión compensatoria como requisito de la viudedad (Notas sobre la STS de 14 de febrero de 2012)”, en *Aranzadi Social* n° 2, 2012.

PÉREZ ALONSO, M^a.A.: “La pensión compensatoria y la pensión de viudedad: comentario a la STSJ de Cantabria de 22 de enero de 2009”, en *Aranzadi Social* n° 6, 2009.

PRESA GARCÍA-LÓPEZ: “Pensión de viudedad sí o sí. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2014”, en *Revista de Información Laboral*, n° 6, 2014.

TRILLO GARCÍA, A. y ARAGÓN GÓMEZ, C.: “Prestaciones por muerte y supervivencia: Una visión de conjunto a la luz de las últimas interpretaciones jurisprudenciales”, en *Revista de Información Laboral*, nº 5, 2014.

