

Reconciliación de los cónyuges y pensión de viudedad

Reconciliation of the spouses and widow's pension

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Resumen

El régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia ha sido diseñado, en buena medida, por los tribunales, puesto que la normativa aplicable no daba respuesta expresa a muchos de los heterogéneos supuestos que en la práctica se producían. En esa línea, la legislación de Seguridad Social no se ocupa de los efectos de la reconciliación de los cónyuges, pero desde luego el restablecimiento del vínculo matrimonial ha de repercutir en la identificación de los beneficiarios de la pensión de viudedad, y en la eventual cuantía de la pensión. El presente estudio trata, precisamente, de eliminar las incertidumbres que genera esa institución de la reconciliación de los cónyuges.

Abstract

The legal framework of the widow's pension has been built, in large part, by the courts, since the applicable regulations do not offer a solution to many of the heterogeneous cases that occurred in real life. In this sense, Social Security legislation does not address the effects of the reconciliation of the spouses, but of course the restoration of marriage should affect the identification of the beneficiaries of the widow's pension, and the amount of the benefits received. This research will try to eliminate the uncertainties generated by this institution of reconciliation of the spouses.

Palabras clave

Pensión de viudedad, reconciliación, separación legal, matrimonio, divorcio.

Keywords

Widow's pension, reconciliation, legal separation, marriage, divorce

1. INTRODUCCIÓN

El contexto social en el que nació la pensión de viudedad difiere sustancialmente del actual, y la fisonomía de la familia no resulta comparable. Precisamente por ello, la realidad social ha desbordado las previsiones normativas, que no están diseñadas para dar respuesta a situaciones muy distintas de las tradicionales. Esa inadecuación entre la realidad y la norma exige de los tribunales un especial esfuerzo para proceder a una adaptación razonable de normas concebidas y diseñadas para un escenario distinto y, en general, para supuestos prototípicos.

Como es bien sabido, en un primer momento el legislador únicamente contemplaba la posibilidad de un cónyuge superviviente –y de sexo femenino–, por cuanto el matrimonio era jurídicamente indisoluble, salvo por muerte. En ese contexto, la pensión de viudedad atendía a una situación de necesidad real, porque el fallecimiento del marido suponía la extinción del contrato de trabajo, y con ello la desaparición de los ingresos regulares del entorno familiar, ya que la esposa se dedicaba por lo general al cuidado del hogar y de los hijos. El advenimiento de la democracia, y la legalización plena de diferentes formas de cesación de la convivencia o ruptura del matrimonio –principalmente el divorcio, pues la separación y la nulidad sí se admitían–, derivaron en una realidad mucho más compleja, que ha dado lugar a un régimen jurídico también complejo, donde la situación de necesidad se presume *iuris et*

de iure, o directamente se considera irrelevante en tanto no se produzca una reforma legal, necesaria, que introduzca coherencia.

Muestra sin duda de esa complejidad es la posible concurrencia de varios beneficiarios –cónyuge supérstite y excónyuges–, pues las reglas de reparto no se encuentran totalmente perfiladas en la Ley. La situación adquiere nuevos matices con el más reciente reconocimiento de la pensión de viudedad a los convivientes de hecho en ciertas circunstancias, así como también con las cada vez mayores restricciones para los excónyuges. El matrimonio poligámico, el matrimonio homosexual, los ritos matrimoniales a los que no se atribuyen efectos civiles o los matrimonios con elemento extranjero contribuyen a un paulatino incremento de esa complejidad, que sin duda se agudiza cuando la pensión de viudedad no es reconocida directamente, pero pretende percibirse indirectamente disfrutando esa pensión de derecho de acrecimiento para los huérfanos. En todo ese complejo escenario resulta imprescindible valorar qué efectos despliega una eventual reconciliación de los cónyuges previamente separados o divorciados. Cuando el sujeto causante fallece una vez que se ha producido la reconciliación, no siempre es claro si el cónyuge reconciliado merece la consideración de cónyuge supérstite o de excónyuge.

La jurisprudencia ha ofrecido valiosas pautas, que demuestran, una vez más, que la legislación civil ejerce una notable influencia sobre ciertas parcelas del Derecho de la Seguridad Social. Como se verá, la regla general es que la reconciliación sólo afecta al reconocimiento y disfrute de la pensión de viudedad en situaciones de previa separación legal cuando se cumplan las exigencias del Código Civil, de modo que es imprescindible la comunicación al juzgado. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente parece cuestionar esa solución tradicional, ofreciendo un punto de apoyo para defender que la reconciliación de hecho podría asimismo desplegar efectos.

2. LA RECONCILIACIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL

La reconciliación de los cónyuges es una institución bien conocida en Derecho Civil. No en vano, el art. 74 del CC en su versión original de 1889 ya establecía que «la reconciliación pone término al juicio de divorcio y deja sin efecto ulterior la sentencia dictada en él; pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Tribunal que entienda o haya entendido en el litigio». Una Ley de 24 de abril de 1958 prohibió el divorcio, pero el CC admitía tanto la nulidad como la separación. En ese escenario, el art. 74 del CC seguía regulando la reconciliación, pero en otros términos ante la prohibición del divorcio, toda vez que en ese momento la reconciliación ponía fin «al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Tribunal que entienda o haya entendido en el litigio».

La regulación vigente, como se sabe, trae causa de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. No obstante, en materia de reconciliación la regulación no resulta especialmente novedosa (no hay reglas específicas en Derecho Foral), ni siquiera tras el matiz introducido por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en la comunicación de la reconciliación al juzgado, que desde entonces deben efectuarla ambos cónyuges «separadamente».

Sea como fuere, el CC vincula los efectos de la reconciliación a la forma de cese de la convivencia matrimonial. En supuestos de nulidad, obviamente, la reconciliación es irrelevante jurídicamente, toda vez que no se puede restablecer un vínculo que no ha existido, y de ahí el silencio legal. En cambio, la ley sí alude a la reconciliación tanto en materia de separación legal como de divorcio. En relación con la separación, el art. 84 CC, siguiendo las pautas de la mencionada Ley de 1958, dispone que «la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio». Se produce, así pues, una reanudación de la convivencia, y el matrimonio vuelve a desplegar plenos efectos. En supuestos de divorcio, en cambio, el art. 88 CC deja claro que la reconciliación «no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio»; cuestión distinta es que la reconciliación tenga lugar mientras se tramita el divorcio, pues en tal supuesto se extingue la acción de divorcio, como ya disponía la primera versión del CC en 1889.

No son estas, desde luego, las únicas referencias a la reconciliación en el CC, pero en todas las demás subyace la misma idea: el restablecimiento pleno del vínculo matrimonial de quienes previamente habían cesado en la convivencia por separación legal. De ese modo, la reconciliación de los cónyuges separados permite que el supérstite mantenga los derechos sucesorios (art. 835 CC), no afecta al régimen de separación de bienes (art. 1443 CC) y permite eludir las causas de desheredación (arts. 854 a 856 CC, aunque este último tiene un alcance más amplio).

En todo caso, conviene recordar que la reconciliación puede ser expresa o tácita, y en ambos casos produce efectos. Sin embargo, esos efectos no son idénticos, puesto que la reconciliación expresa en supuestos de separación –o de divorcio antes de la sentencia judicial que lo declare–, y en concreto la comunicada al juzgado, despliega plenos efectos entre los cónyuges y respecto de terceros, si bien el restablecimiento del matrimonio no hace revivir la sociedad de gananciales, sino que el régimen económico-matrimonial por defecto tras la reconciliación es el de separación de bienes¹. En cambio, la reconciliación tácita –la no comunicada al juzgado– sólo genera efectos entre los cónyuges, pero no respecto de terceros de buena fe que no conozcan dicha circunstancia por otra vía². Esta diferencia entre reconciliación expresa y tácita resulta especialmente relevante, como fácilmente se puede colegir, en materia de derechos de Seguridad Social, toda vez que el sistema de Seguridad Social debe considerarse un tercero³.

3. UNA CUESTIÓN PREVIA: LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DE LOS EXCÓNYUGES TRAS LA LEY 40/2007

Como es conocido, la LGSS equipara la nulidad, la separación (legal, no de hecho) y el divorcio en materia de pensión de viudedad, pues en los tres casos se considera producida una disolución o ruptura del matrimonio (o un cese legal de la convivencia) que convierte al supérstite en excónyuge. No hay, pues, una semejanza plena entre el régimen civil de esas

¹ Vid. STSJ (Civil/ Penal) de Andalucía/Granada de 26-6-2009 (recurso 3/2009).

² Vid. STSJ (Civil/ Penal) de Cataluña de 24-2-2014 (recurso 42/2013).

³ Vid. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: *La reconciliación conyugal y sus efectos*, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, nº 7/2012 (BIB 2012\3091).

tres formas de ruptura matrimonial y sus consecuencias en materia de Seguridad Social, porque la separación no produce en esta última parcela efectos más dulcificados o generosos que el divorcio. Esa identidad de efectos en el ámbito de la pensión de viudedad ha sido declarada compatible con la Constitución por el TC, ya que ni puede apreciarse discriminación con la situación de los cónyuges no separados (en la separación, aun cuando el matrimonio no está disuelto, se produce un efectivo cese de la convivencia), ni existe «discriminación por indiferenciación» al tratar de forma idéntica la separación y el divorcio (el legislador ha elegido una opción legítima, aunque otras fueran posibles)⁴.

En cualquier caso, la reforma operada en el art. 174.2 LGSS por la Ley 40/2007 suscitó serias dudas sobre la pertinencia de mantener ciertas interpretaciones clásicas que derivaban de una doctrina jurisprudencial ya consolidada. No en vano, en casos de separación legal o divorcio, tras el fallecimiento del causante el separado o divorciado se convertía en pensionista de viudedad, pero la cuantía de su pensión dependía del tiempo de convivencia, pues se aplicaba una regla de proporcionalidad, hubiera o no concurrencia con otros eventuales beneficiarios. Por otra parte, el cónyuge supérstite tenía derecho no ya a una parte de la pensión proporcional al tiempo de convivencia, sino a la totalidad de la pensión excluida la parte de los excónyuges. Dicho de otra forma, los tiempos de no convivencia se imputaban al cónyuge supérstite⁵.

Las relevantes novedades que introdujo la Ley 40/2007 en esta materia, y en particular el reconocimiento de la pensión a los convivientes de hecho y la necesidad de pensión o indemnización compensatoria para que los excónyuges se convirtieran en beneficiarios, hizo pasar relativamente desapercibidos ciertos cambios de redacción cuya interpretación podría conducir a variaciones notables en la concepción tradicional. En particular, el art. 174.2 LGSS, en su segundo párrafo, dispone que «si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente».

Como se aprecia, la regla de proporcionalidad está prevista para los supuestos de concurrencia de beneficiarios –lógicamente sólo para divorcio, pues en supuestos de separación no cabe un nuevo matrimonio, ni la conformación de una pareja de hecho, al exigir el art. 174.3 LGSS que no exista impedimento matrimonial–, de modo que, en general, cuando sólo exista un único beneficiario –cónyuge o excónyuge– percibiría la pensión en cuantía íntegra, salvo en supuestos de nulidad. Por cierto, en situaciones de concurrencia el precepto permite defender que esa regla de proporcionalidad afecta también al supérstite, pues no se precisa que para calcular la cuantía de su pensión deban imputársele los períodos

⁴ Vid. ATC 328/2007, de 12 julio.

⁵ Vid. PÉREZ ALONSO, M.A.: *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 47 y ss.; BLASCO LAHOZ, J.F. y PIÑEROA DE LA FUENTE, A.J.: *La última reforma de la Seguridad Social. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

de no convivencia, ni tampoco que tras la extinción del derecho de uno de los beneficiarios el supérstite tenga derecho a percibir esa parte de pensión⁶.

La aclaración a estos interrogantes resulta especialmente pertinente, por cuanto los efectos de la reconciliación dependen, sin lugar a dudas, de cómo se calcule la pensión de viudedad en estos supuestos. Dicho de otra forma, si el cónyuge separado que disfrute de la pensión como único beneficiario tiene derecho al importe íntegro, la reconciliación no produce efecto alguno sobre la cuantía de la pensión (aunque sí, desde luego, sobre las condiciones de acceso, ya que en defecto de reconciliación como regla general necesitará acreditar que fue reconocida una pensión compensatoria). En la medida en que el cálculo proporcional quedaría limitado a las situaciones de concurrencia de beneficiarios, la reconciliación sólo jugaría un papel determinante en este escenario.

Aunque de la literalidad del precepto pueden extraerse esas conclusiones, resulta poco probable que el legislador de 2007 pretendiese realizar modificaciones de esa índole, pues no hay indicios ni evidencias en tal sentido. Como fácilmente puede comprobarse, el Preámbulo de la Ley 40/2007 omite cualquier referencia al respecto, y alguna de esas novedades, por resultar notablemente más ventajosa que en la situación precedente, podrían haber compensado el impacto socio-político de otras medidas más restrictivas. No conviene olvidar que alguna de las interpretaciones propuestas mejoraría la situación de determinados pensionistas de viudedad (divorciados o separados que fueran únicos beneficiarios), y con ello la ausencia de publicidad resulta extraña si la voluntad del legislador hubiera sido firme. Asimismo, las consecuencias de esas interpretaciones podrían conllevar mayores cargas al erario público, lo que resulta contradictorio en un contexto donde la voluntad expresa del legislador va en dirección opuesta. Tampoco cabe apreciar presión o excesiva sensibilidad social hacia los derechos de Seguridad Social de los excónyuges, pues las propuestas parecen dirigirse hacia su paulatina exclusión del ámbito de las prestaciones por muerte y supervivencia, y por ello no es fácil de explicar que el legislador haya querido mejorar sustancialmente alguna de las condiciones de percepción de su pensión (endureciendo significativamente otras, cierto es), al mismo tiempo, además, que se decantaría por reducir la cuantía de la pensión del cónyuge supérstite en caso de concurrencia de beneficiarios.

Debe recordarse, asimismo, que la Ley 40/2007 es plasmación legal del contenido del Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social firmado por los interlocutores sociales el 13 de julio de 2006, y de ese Acuerdo no puede deducirse, en absoluto, ninguna pretensión de cambio en ese sentido. Es probable que las dudas provengan simplemente de deficiencias evidentes en la técnica legislativa, y de un mal trasvase de las cláusulas de ese Acuerdo a la redacción de la Ley. Quizá, incluso, se apostó por acudir a redacciones legales previas, o clásicas, pues, a modo de ejemplo, el tenor literal de la DA 10ª Ley 30/1981 era ciertamente análogo («el derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o

⁶ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “Artículo 174”, en MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *Ley General de Seguridad Social. Comentada con jurisprudencia*, Lay, Madrid, 2009, págs. 1262 y ss.; RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia*, Laborum, Murcia, 2009, págs. 197 y ss.; LOUSADA AROCHENA, J.F.: Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las Leyes 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre, AS, nº 1, 2010 (BIB 2010/568); SALA FRANCO, T., ROQUETA BUI, R., LÓPEZ BALAGUER, M., y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas en materia de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 113 y ss.; DESDENTADO DAROCA, E.: *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*, Bomarzo, Albacete, 2009, págs. 93 y ss.

prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido»). Precisamente a partir de ese precepto, y con esa redacción significativamente parecida a la hoy vigente, la STS de 21-3-1995⁷ advirtió que «el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge superviviente, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último».

Con estos precedentes, no sorprende que tanto la doctrina de suplicación⁸ como la jurisprudencia se hayan decantado por una posición continuista, si bien esta no ha sido una cuestión especialmente litigiosa en los últimos años. Un repaso a la doctrina judicial reciente demuestra que en esta materia de pensión de viudedad para excónyuges la mayor parte de conflictos surgen cuando la Entidad Gestora deniega la pensión por no acreditar el solicitante la percepción de una pensión compensatoria. Sin embargo, recientemente el TS ha tenido ocasión de pronunciarse de manera directa sobre los derechos de los excónyuges, afirmando que, aun tras la Ley 40/2007, la «regla de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de la pensión no limita su aplicación al caso de concurrencia de beneficiarios para distribuir entre ellos el importe de la prestación causada, sino que opera en todos los supuestos de crisis matrimoniales como un criterio de asignación del derecho en función del tiempo convivido»⁹.

De este modo, el cálculo del importe de la pensión de viudedad de los excónyuges, o el reparto en situaciones de concurrencia de beneficiarios, se rige por las reglas clásicas. Esta precisión, como se dijo, es determinante en materia de reconciliación, pues si en supuestos de separación legal el cónyuge separado tiene derecho a la pensión de viudedad en cuantía íntegra, la reconciliación no tendría ningún efecto en la cuantía, y sólo sería valorado como requisito de acceso a la pensión cuando tras la separación legal no se hubiera pactado pensión compensatoria. La jurisprudencia reciente en materia de efectos de la reconciliación omite esa valoración, remitiéndose expresamente a la jurisprudencia tradicional, lo que indica que, al menos por el momento, los criterios interpretativos no han variado¹⁰.

4. RECONCILIACIÓN Y PENSIÓN DE VIUEDAD: EFECTOS SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN

Como bien se sabe, la LGSS no se pronuncia sobre las consecuencias de una eventual reconciliación, de modo que ha sido la jurisprudencia la que ha debido clarificar los efectos de la reanudación de la convivencia. Todo ello sin perjuicio, claro está, de la referencia expresa a la reconciliación en la Ley Orgánica de Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre), cuya DA 1ª dispone que «quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del Sistema Público de Pensiones causada por la víctima, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos».

⁷ Recurso 1712/1993.

⁸ Vid. SSTSJ de Cataluña de 14-9-2011 (recurso 7009/2010) y Andalucía/Sevilla de 1-3-2012 (recurso 1701/2011).

⁹ Cfr. STS de 23-6-2014 (recurso 1233/2013), con un interesante voto particular que defiende la posición contraria.

¹⁰ A modo de ejemplo, vid. STS de 23-4-2012 (recurso 3383/2011).

Al margen de esa especial previsión –que sigue una dinámica propia, pues esa reconciliación no implica necesariamente una ruptura matrimonial previa, sino que se refiere más bien al perdón de la víctima y a la continuidad de la convivencia¹¹–, parece imprescindible acudir al Código Civil para concretar las consecuencias de la reconciliación en el sistema de Seguridad Social. Como ya se advirtió, la reconciliación produce efectos sobre la separación legal, de modo que la reconciliación comunicada al juzgado restablece plenamente el vínculo y permite reanudar la convivencia matrimonial en sentido jurídico; el matrimonio, así pues, desplegaría nuevamente los efectos que le son propios. En cambio, la reconciliación no provoca iguales efectos en caso de nulidad, ni de divorcio, de modo que, en materia de Seguridad Social, tanto la nulidad como el divorcio conducirán a la consideración como excónyuges de los afectados, sin que la reconciliación pueda alterar tal condición, ya que en ambos casos se produce jurídicamente la disolución del matrimonio, y no cabe su restablecimiento, sino, en su caso, la celebración de un nuevo enlace matrimonial.

De este modo, la reconciliación sólo tiene efectos, en este campo de la pensión de viudedad, en supuestos de separación legal, y la pretensión, ordinariamente, consiste en reducir o eliminar el impacto del cálculo proporcional. Un repaso a la jurisprudencia demuestra que en la mayoría de los casos el beneficiario de la pensión es único, y la demanda se inicia tras estimar el INSS que la separación legal impide en todo caso reconocer una pensión de viudedad en cuantía íntegra. En realidad, cabe distinguir dos problemas distintos. El primero de ellos consiste en determinar los requisitos para que la reconciliación se estime producida jurídicamente. El segundo de ellos se refiere al cálculo de la cuantía de la pensión del beneficiario una vez producida legalmente la reconciliación.

Respecto de los requisitos para la válida reconciliación, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo nunca ha tenido dudas sobre la necesidad de comunicación al juzgado. La STS de 15-12-2004¹² es contundente al pronunciarse sobre un supuesto de hecho en el que tras la separación legal continuó –prácticamente sin interrupción– la convivencia. La sentencia advierte que «en tanto subsista y no se modifique por una nueva resolución judicial la decretada situación de separación matrimonial, la convivencia conyugal resulta legalmente inexistente, por más que pueda seguir dándose en la práctica o de hecho», y ello es así «por las exigencias de la propia naturaleza de un Estado de Derecho», por cuanto «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». Por consiguiente, del mismo modo que la separación de hecho no produce efectos suspensivos de la convivencia que puedan derivar en una minoración de la pensión de viudedad, la reconciliación de hecho no permite corregir en materia de Seguridad Social los efectos aparejados a la separación legal. Posteriormente, la STS de 2-2-2005¹³ insistiría en la «necesaria publicidad, que, en principio, resulta predicable de las situaciones relativas al estado civil y si la sentencia que acordó la separación se inscribe en el Registro Civil (artículo 76 de la Ley del Registro Civil), también tendrá que

¹¹ Vid. SSTSJ de La Rioja de 19-6-2014 (recurso 90/2014) y de Andalucía/Granada de 23-1-2014 (recurso 2170/2013).

¹² Recurso 359/2004.

¹³ Recurso 761/2004.

inscribirse la reconciliación, que sólo tiene acceso al Registro a través de la resolución que el órgano judicial debe dictar conforme al artículo 84 del Código Civil»¹⁴.

Ciertamente, y como también se advirtió, la reconciliación de hecho puede tener efectos para quienes conocen la situación, por lo que esta contundencia judicial quizá podría matizarse en ciertas circunstancias. En este sentido, alguno de los recursos ha cuestionado directamente la condición de «tercero» del INSS, con el fin de conseguir que la reconciliación no comunicada contase con los efectos pertinentes. La STS de 23-2-2005¹⁵ reconoció que el «INSS no es propiamente un tercero en sentido legal estricto, si consideramos sólo como tal al que entabla o mantiene de buena fe una relación de tipo contractual con los cónyuges (en ese sentido lo entiende el art. 61 párrafo tercero del CC)», pero afirmó que «desde una interpretación amplia del concepto, tercero es toda aquella persona, física o jurídica, que por no ser sujeto directo ni indirecto de la relación de convivencia, se encuentra en una posición externa y ajena a ella; por esa razón, es lógico que no le pueda afectar la reanudación de la convivencia, si ésta, porque así lo han decidido libre y voluntariamente los cónyuges, se desenvuelve en el terreno de lo puramente fáctico y sin ningún efecto jurídico fuera del marco matrimonial; lo que no es obstáculo, por supuesto, para que dentro de él produzca la eficacia que le reconoce el art. 84 CC. Desde ese prisma cabe afirmar que, si cualquier persona ajena al matrimonio es un tercero, con mayor razón debe ser considerado así el INSS, que en su condición de gestor de un patrimonio que debe administrar con el rigor que exige su naturaleza pública y su destino solidario, estaría, en caso contrario, inerte para combatir o cuestionar situaciones *de facto* que se desenvuelven en el terreno de la intimidad».

En esta sentencia, asimismo, se aclara que la comunicación al juzgado no es en sí misma una exigencia en materia de pensión de viudedad, sino un medio de prueba, puesto que la «convivencia reanudada –o el “tiempo vivido” tras la separación, en términos del art. 174 LGSS– es un hecho que, por producir el efecto jurídico de incrementar la pensión, necesita ser probado», y la «única forma de acreditar fehacientemente tal hecho, es precisamente la comunicación al juzgado que prevé el art. 84 del CC». En esta línea, «la comunicación de la reconciliación al juzgado es el único medio de defensa de la Entidad Gestora frente a las numerosas peticiones de incremento de pensión que sin duda habrán de plantearse, y que pretendan basarse en la simple declaración de testigos, necesariamente muy próximos al círculo matrimonial y en muchas ocasiones muy vinculados emocionalmente con él, o en documentos o certificados que a lo más, podrán demostrar la realidad de una “vida en el mismo domicilio” de la que habla el art. 87 Código Civil, pero no la efectiva reanudación de la convivencia o de la reconciliación de los cónyuges, que sólo puede tenerse por válidamente acreditada cuando así la ponen estos, libremente, en conocimiento del juez que decretó su separación»¹⁶. Con mayor contundencia incluso, la STS de 16-7-2012¹⁷

¹⁴ En el mismo sentido, vid. SSTS de 25-9, 2 y 26-10, y 28-11-2006 (recursos 3169/2005, 1925/2005, 3163/2005 y 672/2006), de 24-7-2007 (recurso 3410/2006), de 28 y 29-5 y 21-7-2008 (recursos 1863/2007, 1279/2007 y 2705/2007), de 21-7 y 7-12-2011 (recursos 4066/2010 y 867/2011), de 23-4-2012 (recurso 3383/2011).

¹⁵ Recurso 6086/2003.

¹⁶ En el mismo sentido, STS de 28-2-2006 (recurso 5276/2004), en el que se añade que la modificación del art. 84 CC por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que supone que la reconciliación debe ser comunicada al Juez separadamente por los cónyuges, «en nada vendría a alterar lo que hasta ahora se ha argumentado, puesto que pervive la exigencia de que se comunique la reconciliación al Juez que entendió o haya entendido del litigio de separación para que pueda hablarse de convivencia con relevancia jurídica a los efectos que se discuten en el presente recurso».

¹⁷ Recurso 3431/2011.

afirma que «notorio es lo sabido por todos, lo que es público y consta en registros públicos y no lo que es conocido por algunos vecinos, empleados de banca y otras personas que ven la convivencia pero ignoran la calificación jurídica de la relación existente entre los convivientes».

En relación con el segundo de los problemas planteados, el INSS ha apostado siempre por un cálculo proporcional de la cuantía, incluso en situaciones de válida reconciliación y con un único beneficiario. Por consiguiente, una vez calculado el importe de la pensión global el beneficiario no percibiría la cuantía íntegra, sino una parte proporcional al tiempo de convivencia, que se compondría de dos –o más períodos–, en atención a las separaciones legales y a las reconciliaciones efectivamente comunicadas al juzgado. Por tanto, los tiempos de no convivencia perjudicarían al beneficiario, pues reducirían el importe de la pensión finalmente percibida. Esta línea interpretativa ha sido defendida por la jurisprudencia ya desde la primera ocasión en que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ocupó de los efectos de la reconciliación en materia de pensión de viudedad. En este sentido, la STS de 20-1-2004¹⁸ (aunque no se había comunicado al juzgado la reconciliación, se trata de ofrecer una doctrina de más amplio alcance) acudió al art. 84 CC («La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio») para asegurar que la reconciliación no puede tener «efecto retroactivo, como así se desprende de la propia literalidad del precepto cuando se utiliza la expresión de “sin efecto ulterior”». Se añade que en el art. 84 CC «no se contiene ninguna expresión que pueda conducir a la interpretación de que la virtualidad de la decisión judicial de dejar sin efecto lo resuelto en el proceso de separación produzca el de hacer inexistente a los efectos de la convivencia el período en el que la misma no existió», y, por tanto, ese precepto no «puede suponer la eliminación de la realidad material que consiste en el hecho de que durante el tiempo que media entre la separación y la reconciliación no hubo vida en común o tiempo vivido, con el cónyuge fallecido».

El supuesto de hecho, ciertamente, es peculiar, porque no se comunicó la reconciliación al juzgado en el momento en que se produjo, pero tras el fallecimiento del causante su esposa consiguió que se dictara sentencia dejando sin efecto la anterior sentencia de separación. La Sala, como se ha dicho, entiende que no se produce de este modo una subsanación, y no puede entenderse que el matrimonio continuó ininterrumpidamente desde su inicio hasta la muerte del esposo, sino que toma en consideración el tiempo de cese en la convivencia. Esta doctrina parece fácilmente extrapolable a los supuestos de efectiva comunicación de la reconciliación, pues los paralelismos son evidentes, máxime cuando el último párrafo del FJ 3º comienza con un significativo «aun prescindiendo del hecho de que no se puso la reconciliación en conocimiento del Juez», lo que da fe de la pretensión de elaborar una respuesta no basada exclusivamente en la inexistencia de esa comunicación.

No obstante, resulta difícil compartir esa doctrina, al menos si se parte de las premisas tradicionales, en las que el excónyuge tiene derecho a una parte de la pensión en proporción al tiempo de convivencia (porque su pensión es «asimilada a la de viudedad»¹⁹), mientras

¹⁸ Recurso 91/2003.

¹⁹ Vid. STS de 26-5-2004 (recurso 3103/2003).

que el cónyuge superviviente disfruta de un derecho pleno, y por tanto de la totalidad de la pensión excepto la parte que corresponde a los excónyuges, de la que podría disfrutar sobrevenidamente si se extingue el derecho de los otros beneficiarios. Recuérdese que la pensión del excónyuge no se incrementa por tales circunstancias –precisamente por la regla de proporcionalidad–, a salvo de que eventualmente la cuantía se haya visto minorada por la necesidad de respetar el mínimo del 40% para el cónyuge superviviente previsto en el segundo párrafo del art. 174.2 LGSS. En esos términos, el cálculo del porcentaje de pensión de viudedad que corresponde al superviviente no toma en consideración exclusivamente el tiempo de convivencia, sino también los períodos de no convivencia.

Dicho de otra forma, si un cónyuge separado legalmente concurre con el cónyuge superviviente entre los dos se repartirán el 52% de la base reguladora, o, lo que es lo mismo, la pensión íntegra. Sin embargo, y en atención al criterio expuesto, si el separado legalmente se reconcilia sería tratado como excónyuge, con una pensión proporcional a la suma de dos períodos de convivencia, pese a que formalmente es un cónyuge superviviente y le debería por tanto corresponder la pensión completa, sin proporcionalidad, porque es incoherente exigir un reparto consigo mismo. No conviene olvidar que la STS de 20-1-2004 fue la primera dictada por la Sala Cuarta valorando los efectos de la reconciliación, y por ello conviene acoger esa doctrina con cierta cautela; no cabe equiparar en modo alguno los efectos de la reconciliación no comunicada al juzgado de la efectivamente comunicada, pues en tal caso la convivencia se reanuda y el matrimonio se restablece con todos sus efectos. A la postre, el cálculo proporcional en estas situaciones penalizaría a quien se ha reconciliado con el causante tras la separación legal, ya que este criterio de proporcionalidad no se aplicaría si cualquier otra persona fuera el cónyuge superviviente.

5. PENSIÓN DE VIUEDAD SIN COMUNICACIÓN DE LA RECONCILIACIÓN AL JUZGADO: LA CONSIDERACIÓN DE PAREJA DE HECHO COMO ALTERNATIVA

Hasta tiempos recientes, la ausencia de comunicación al juzgado de la reconciliación efectivamente producida tenía efectos muy negativos para el interesado, pues era tratado como excónyuge en materia de pensión de viudedad, con la disminución correspondiente del importe de su pensión. Tras la reforma operada por la Ley 40/2007 las consecuencias podrían ser incluso más negativas, toda vez que los excónyuges sólo pueden acceder a la pensión de viudedad si tienen reconocida la pertinente pensión compensatoria. En ese escenario, es plausible, y desde luego frecuente en la práctica, que el cónyuge superviviente previamente separado y después reconciliado con el sujeto causante no pueda disfrutar de la pensión de viudedad como cónyuge superviviente si la reconciliación no fue comunicada al juzgado, ni tampoco en condición de excónyuge, si en su momento no se pactó pensión compensatoria (parece suficiente el pacto, aunque no se esté percibiendo de forma efectiva en el momento del fallecimiento del causante)²⁰.

Ahora bien, desde esa misma reforma legal ya mencionada, Ley 40/2007, la pensión de viudedad no queda restringida al matrimonio, sino que cabe disfrutar de la misma en caso

²⁰ Vid. STS de 1-4-2014 (recurso 64/2013).

de convivencia de hecho. Conviene recordar que la STS de 15-12-2004²¹ ya señaló que «la convivencia real entre cónyuges judicialmente separados, que no han pretendido del Órgano Judicial competente la resolución consecuenta a una propia reconciliación matrimonial, resulta, perfectamente, asimilable a la conocida como “unión de mero hecho” o *unión more uxorio*”, la que, de momento y sin perjuicio de las modificaciones legales que en un futuro próximo puedan producirse en la legislación española, no alcanza a tener virtualidad jurídica alguna desde una perspectiva jurídico matrimonial».

Desaparecido el obstáculo legal, procede plantearse si en supuestos de separación legal es posible acceder a la pensión de viudedad a partir de una convivencia de hecho, por más que la STS de 23-4-2012 haya descartado la aplicación «por analogía a la pensión de viudedad derivada del matrimonio los principios basados en la interpretación de las normas aplicables a la viudedad en las parejas de hecho»²². La respuesta es claramente afirmativa en supuestos de divorcio o nulidad, por cuanto el matrimonio previo se considera disuelto, pero no es tan evidente tras una separación legal, ya que el vínculo matrimonial sigue vivo y únicamente se ha interrumpido la convivencia. Desde esta perspectiva, la separación legal produciría una suerte de suspensión del contrato matrimonial, a diferencia del divorcio, que daría lugar a la extinción, y de la nulidad, que implicaría en cierto modo su inexistencia. De ahí que tras el divorcio y la nulidad los interesados puedan volver a contraer matrimonio, o a iniciar una convivencia de hecho con efectos jurídicos, pero que tras la separación no sea posible celebrar un nuevo matrimonio, ni, en principio, comenzar una convivencia de hecho reconocida legalmente.

En efecto, y al menos en el contexto de la pensión de viudedad, el art. 174.3 LGSS aclara que «se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años». En aplicación de ese precepto, no cabe duda de que ninguno de los cónyuges separados legalmente puede constituir con una tercera persona una pareja de hecho apta para acceder a la pensión de viudedad, pues están impedidos para contraer matrimonio, según establece específicamente el art. 46.2 CC, y tendrían un vínculo matrimonial vivo –aunque temporalmente en suspenso– con otra persona.

Sin embargo, se podrían suscitar dudas acerca de la posibilidad de acceder a la pensión de viudedad como pareja de hecho del propio cónyuge separado en supuestos de reconciliación no comunicada al juzgado. Evidentemente, la línea de razonamiento que conduciría a una solución de esa índole resulta ciertamente alambicada, y obliga a sortear una serie de obstáculos. En este sentido, la STS de 17-7-2013²³ afirmó que «no tiene ninguna lógica exigir el requisito de formalización de una relación de pareja de hecho a quienes son cónyuges, aunque estén separados», porque «el título de la convivencia marital desarrollada tras la reconciliación de los cónyuges separados es [...] el propio vínculo matrimonial no disuelto». La sentencia no desarrolla el argumento, pues no entra al fondo del asunto al no

²¹ Recurso 359/2004.

²² Recurso 3383/2011.

²³ Recurso 3909/2011.

apreciar la debida contradicción, pero de la contundencia de las expresiones transcritas podría deducirse que el TS no es partidario de una equiparación entre la convivencia producida tras la reconciliación de los cónyuges separados y la que deriva de una convivencia de hecho ordinaria que encaje en el art. 174.3 LGSS. O, dicho de otra forma, la Entidad Gestora no podría exigir que la convivencia que deriva de la reconciliación no comunicada al juzgado cumpla los requisitos del art. 174.3 LGSS para lucrar la pensión de viudedad. Conviene señalar que al no admitirse la contradicción adquirió firmeza la sentencia recurrida (y con ello se concedió la pensión), en un supuesto «ciertamente singular», según el propio TS (FJ 1º), por cuanto el primer período de convivencia previo a la separación duró más de veinte años, la separación legal únicamente dos, y la convivencia tras la reconciliación no comunicada al juzgado otros veintidós años, habiendo nacido seis hijos de esa relación. En tales circunstancias, más de cuarenta años de matrimonio con sólo dos de separación legal (producidos veinte años antes del fallecimiento del causante), la argumentación de la sentencia de instancia favorable al reconocimiento de la pensión, y sin duda también la apreciación de falta de contradicción, se enmarcan en esa vertiente humanizadora que en ocasiones impregna la jurisprudencia social.

Esa línea interpretativa *pro beneficiario* explica, seguramente, que la STS de 4-3-2014²⁴ llegue a una solución aparentemente contraria también en un supuesto de reconciliación no comunizada al juzgado. En concreto, el matrimonio, del que nacieron dos hijos, había durado dieciocho años, la separación (en la que no se pactó pensión compensatoria) apenas año y medio, y la convivencia posterior no comunicada al juzgado, pero sí formalizada en escritura pública, once años más. La sentencia recurrida había rechazado la pretensión de la viuda por considerar aplicable el art. 174.2 LGSS, y no el art. 174.3 LGSS, puesto que aun separados legalmente los interesados se encontraban válidamente casados. El TS corrige parcialmente, sin citarla, la afirmación efectuada unos meses antes en la sentencia de julio de 2013, admitiendo expresamente que en supuestos de separación matrimonial los cónyuges pueden constituir una convivencia de hecho que formalmente encaje en el art. 174.3 LGSS.

La sentencia, admitiendo que se cumplen las exigencias de formalización y convivencia mínima establecidas en ese precepto, por no resultar aspectos controvertidos, sólo analiza la eventual existencia de un impedimento matrimonial. Y, en ese escenario, se muestra contundente al advertir que el requisito de no tener «vínculo matrimonial con otra persona» admite que los convivientes estén casados entre sí. En realidad, da la impresión de que la sentencia no tiene como principal objetivo deslindar entre matrimonio y convivencia de hecho en situaciones de reconciliación de separados legales, sino más bien de precisar que la aplicación de normas pensadas para otras realidades no puede dar lugar a un resultado absurdo. Más allá de la argumentación jurídica en sentido estricto, que no es especialmente prolija, la sentencia efectúa dos afirmaciones que dan muestra inequívoca de su voluntad. En la primera de ellas se constata «la diabólica situación de que el INSS niega la pensión de viudedad, desde la situación matrimonial por no reunir los requisitos, pero también desde la situación de pareja de hecho, por haber contraído matrimonio con otra persona» (diferencia significativa en todo caso, pues como excónyuge la cuantía de la pensión se calcularía proporcionalmente al tiempo de convivencia, mientras como conviviente de hecho contaría

²⁴ Recurso 1593/2013.

con una prestación íntegra). En la segunda se niega el fraude de ley o el abuso de derecho «por parte de la actora para lucrar la pensión de viudedad por el hecho de mantener el vínculo matrimonial –que ha sido único y del que han nacido dos hijos– con el causante». A ello se añade la insistencia en que la ausencia de vínculo con otra persona «se refiere obviamente a un tercero ajeno a ambos, por lo cual, como no podía ser de otra manera, nada impide la existencia de vínculo matrimonial entre ambos, que a los fines pretendidos no puede constituir un obstáculo –sino al contrario– para lucrar la pensión de viudedad».

Como se desarrollará en el último epígrafe, aunque de esta sentencia pudiera entenderse que el art. 174.3 LGSS resultará aplicable a la convivencia que tiene lugar tras la reconciliación de los cónyuges separados, es probable que si se producen supuestos de hecho similares se considere que en estas situaciones no hay en realidad convivencia de hecho, sino restablecimiento pleno de la convivencia marital, que permitiría acceder a la pensión de viudedad como cónyuge superviviente. La aplicación directa del art. 174.3 LGSS no resulta suficientemente convincente, pues a pesar de ingenios o artificios gramaticales para eludir la exigencia de «vínculo matrimonial con otra persona», no puede obviarse que los cónyuges separados incumplen el requisito mencionado justo antes que ese en el art. 174.3, ya que para constituir válidamente una pareja de hecho los interesados no deben encontrarse «impedidos para contraer matrimonio». El art. 46.2 CC impide contraer matrimonio a «los que estén ligados con vínculo matrimonial», de modo que el art. 174.3 LGSS no puede resultar de aplicación a quien se separa legalmente, siendo indiferente que la convivencia se produzca con su propio cónyuge tras reconciliación, o con una tercera persona. Lo que debe cuestionarse no es la equiparación entre reconciliación no comunicada y convivencia de hecho, sino la rigidez de la línea jurisprudencial que no reconoce ningún efecto en materia de pensión de viudedad a la reconciliación de los cónyuges separados no comunicada al juzgado²⁵.

6. LA RECONCILIACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO

Lógicamente, la reconciliación de las uniones de hecho se rige por criterios muy distintos a la reconciliación en situaciones de vínculo matrimonial, toda vez que no hay reglas expresas en la legislación estatal sobre la forma de disolución de las parejas de hecho, ni sobre los efectos jurídicos de la finalización de la convivencia. El carácter «de hecho» de la convivencia implica que la eventual ruptura se mueve en esos mismos parámetros «de hecho», pero incluso sin requisitos específicos de formalización análogos a los que se contienen en el art. 174.3 LGSS para la constitución de la pareja de hecho. Las normas autonómicas sobre parejas de hecho sí contemplan las causas de extinción de la convivencia de hecho, que puede producirse de común acuerdo, por voluntad unilateral de una de las partes, por fallecimiento, por matrimonio (bien sea entre los convivientes, bien sea de uno de ellos con otra persona) o por cese efectivo de la convivencia durante cierto tiempo (un año por norma general, aunque en ocasiones son suficientes seis meses²⁶, tres meses²⁷ y en otros el simple cese de la convivencia²⁸). En esos supuestos debe instarse la cancelación de la

²⁵ Vid. GALA DURÁN, C.: *Pensión de viudedad, situaciones de crisis matrimonial y parejas de hecho*, RDS, nº 63, 2013, pág. 176.

²⁶ Vid. art. 9 Ley de Canarias 5/2003, de 6 de marzo; art. 6 Ley de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre.

²⁷ Vid. art. 5 Ley de Valencia 5/2012, de 15 de octubre.

²⁸ Vid. art. 234.4 Ley de Cataluña 25/2010, de 29 de julio.

inscripción registral, cuando la pareja esté inscrita en un registro público –si bien ese trámite no parece condición *sine qua non* para la efectiva extinción de la pareja de hecho–²⁹, y en algún caso se contempla expresamente la posibilidad de pactar pensiones compensatorias³⁰ y alimenticias³¹.

A esta inicial precisión conviene añadir, en el específico ámbito de la pensión de viudedad, que el reconocimiento de la condición de beneficiario en estas situaciones queda constreñido al conviviente de hecho superviviente, quedando excluidas, por tanto, las parejas de hecho «históricas». De este modo, mientras que en el caso de los supervivientes la diferencia está en los requisitos exigidos para acceder a la condición de beneficiario como cónyuge o como conviviente de hecho, en el caso de anteriores relaciones la diferencia estriba en que los excónyuges pueden acceder a una parte proporcional de la pensión, mientras que los exconvivientes de hecho están excluidos en todo caso.

Ahora bien, la condición de expareja de hecho quizás podría desplegar algún efecto en materia de pensión de viudedad, condicionado a la reconciliación. Por ejemplo, cabría plantearse si ante el incumplimiento del requisito de cinco años de convivencia previos al fallecimiento del causante puede aducirse que el último período de convivencia no es el único acreditado entre los causantes, sino que existen otros períodos previos, debidamente formalizados, que sumados al último permitirían reunir el requisito. La literalidad del art. 174.3 LGSS impide acoger tal interpretación, ya que el precepto exige «una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años». La redacción del precepto es suficientemente explícita, y el carácter ininterrumpido no se puede eludir. Además, conviene tomar en consideración que la reconciliación de los excónyuges sólo despliega efectos en situaciones de separación legal, y no de divorcio, ya que en tal caso se produce una ruptura del vínculo. Sin perjuicio de las dificultades de prueba, si se acreditase una finalización de la convivencia de la pareja de hecho, y más si esa ruptura se formaliza en el registro o en escritura pública, la situación resultante es sin duda más próxima al divorcio que a la separación legal, y por ello la reconciliación no desplegaría efectos³².

Por otra parte, ese período previo de convivencia, seguido de ruptura y posterior reconciliación, podría ser invocado para mejorar la cuantía en situaciones de concurrencia de beneficiarios. Esta situación únicamente podría producirse si se entiende que el superviviente tiene un derecho a una parte proporcional al tiempo convivido, y no la totalidad de la pensión, excluida la parte que corresponde a los excónyuges. Como ya se dijo, la jurisprudencia mantiene hasta el momento las reglas de reparto tradicionales, pese al cambio de redacción del art. 174 LGSS tras la Ley 40/2007, y con ello la pareja de hecho superviviente, si reúne el requisito de convivencia ininterrumpida tras la reconciliación, disfrutará del

²⁹ Vid. art. 4 Ley de Asturias 4/2002, de 23 de mayo; art. 4 Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio; arts. 18 y 19 Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo; art. 5 Ley de Extremadura 5/2003, de 20 de marzo. En cambio, la cancelación parece imprescindible en la Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo.

³⁰ Vid. art. 12 Ley de Andalucía 5/2002, de 16 de diciembre; art. 9 Ley de Baleares 18/2001, de 19 de diciembre; art. 310 Decreto Legislativo de Aragón 1/2011, de 22 de marzo.

³¹ Vid. art. 234.10 Ley de Cataluña 25/2010, de 29 de julio.

³² Vid. MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: *La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social*, AS, nº 6, 2008 (BIB 2008\1180).

mismo importe de pensión se compute o no el tiempo previo a la primera ruptura, ya que los períodos de no convivencia benefician al supérstite.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha visto, el Tribunal Supremo sostiene formalmente que la reconciliación sólo puede ser tomada en consideración en materia de pensión de viudedad cuando los cónyuges separados judicialmente comuniquen al juzgado su nueva situación, poniendo fin de esa forma a la separación judicial. Sin embargo, dos sentencias recientes permiten cuestionar que esa respuesta tradicional vaya a mantenerse sin fisuras hacia el futuro, toda vez que se prescinde de interpretaciones técnicas para valorar la situación de necesidad en el caso concreto, con el fin de reconocer una pensión de viudedad cuando se detecta una situación real de necesidad. Es, pues, una manifestación más de la conocida jurisprudencia humanizadora, porque se admite que los cónyuges separados judicialmente que se reconcilien de hecho puedan acceder a la pensión de viudedad en condición de pareja de hecho.

La doctrina jurisprudencial, obviamente, puede variar, pues los criterios interpretativos se aquilatan por el tiempo, la experiencia y la necesidad de abordar las peculiaridades de cada supuesto de hecho. No puede sorprender, por consiguiente, que incluso líneas jurisprudenciales sin aparentes fisuras presenten algún resquicio cuando han de aplicarse a situaciones con rasgos característicos y no completamente equiparables a los que justificaron inicialmente la adopción de esos criterios interpretativos. Como se sabe, en el ámbito de los derechos sociales es muy habitual contraponer, e incluso confrontar, la interpretación técnica con la justicia, considerando que los cánones exegéticos tradicionales dan lugar a un resultado no querido desde la perspectiva de la justicia social.

En principio, no parece probable que el TS vaya a modificar sustancialmente su posición en relación con los efectos de la reconciliación de los cónyuges en materia de pensión de viudedad. La comunicación al juzgado seguirá siendo un requisito para tomar en consideración el tiempo de convivencia posterior a la reconciliación, lo que podría suponer, por cierto, la imposibilidad de disfrute en todos aquellos casos en los que no se hubiera pactado una pensión compensatoria.

Sin embargo, la STS de 4-3-2014³³ y el peculiar precedente de la STS de 17-7-2013³⁴ constituyen dos indicios de que esa aparentemente sólida doctrina empieza a admitir excepciones. Es poco probable que esas sentencias se decanten por aplicar en todo caso los requisitos de las parejas de hecho a la convivencia posterior a la reconciliación no comunicada al juzgado, porque esa es una fórmula demasiado voluntarista, y no en todos los casos se habrá formalizado la reconciliación en escritura pública. Más bien parece que el Tribunal trata de alertar sobre una laguna legal que da lugar a interpretaciones administrativas desmesuradas. Dicho de otro modo, la sentencia indica al INSS que en determinadas situaciones la pensión de viudedad debe ser reconocida, bien sea por la vía del matrimonio, bien por la vía de la convivencia de hecho.

³³ Recurso 1593/2013.

³⁴ Recurso 3909/2011.

En realidad, no parece determinante que la convivencia tras la reconciliación reúna los requisitos legales para la conformación de una pareja de hecho, sino que estas sentencias probablemente conducirán a otra línea jurisprudencial que abogue por reconocer como auténticos cónyuges supérstites a determinados cónyuges reconciliados tácitamente, que no deben merecer la consideración de excónyuge –ni reunir los requisitos exigidos a estos– si concurren determinadas circunstancias. Esas condiciones vienen recogidas expresamente en la STS de 4-3-2014, pero no en los argumentos sobre el fondo, sino en el análisis sobre la existencia de contradicción. En efecto, el último párrafo del FJ 2ª advierte que «en ambos casos de trata de matrimonios, con hijos, que obtuvieron sentencia de separación reanudando posteriormente la convivencia por tiempo superior a cinco años con carácter inmediato al fallecimiento, y entre la fecha de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante han transcurrido más de diez años». Son requisitos apenas esbozados, pero es claro que las sentencias citadas de 2013 y 2014 no apuestan ya por negar cualquier efecto a la reconciliación no comunicada al juzgado cuando la duración del matrimonio es considerable, la separación legal breve, y el tiempo de convivencia entre la reconciliación y el fallecimiento amplio. El hecho de que esa reconciliación se formalice no parece relevante, pues en el análisis de la contradicción la STS de 4-3-2014 advierte que en la sentencia de contraste la reconciliación no se elevó a escritura pública, pero significativamente no se considera una diferencia sustancial.

Por consiguiente, parece apreciarse una cierta evolución en la jurisprudencia relativa a la reconciliación, de modo que si concurren los criterios antedichos, que serán objeto de progresiva concreción en el futuro, la separación legal se considerará subsanada o finalizada por esa reconciliación efectiva y duradera, y tras el fallecimiento de uno de los contrayentes en condiciones de convertirse en sujeto causante, el otro podrá acceder a la pensión de viudedad, presumiblemente en calidad de verdadero cónyuge supérstite, por lo que no le será de aplicación la exigencia de pensión compensatoria –al no poder considerarse excónyuge–, ni tampoco los específicos requisitos para las parejas de hecho, pues la equiparación entre reconciliación no comunicada y convivencia de hecho, aunque pudiera ser funcional en algunos supuestos, es técnicamente imprecisa y con justificación jurídica difusa. Es conveniente, sin duda, que el Tribunal Supremo precise esos criterios, para que el INSS cuente con pautas precisas en su aplicación práctica.

En fin, más allá de eventuales, y presumibles, cambios de criterio en la doctrina jurisprudencial, conviene también tener presentes los riesgos de recurrir a la comunicación al juzgado como único criterio para determinar si la reconciliación produce efectos o no en materia de pensión de viudedad, máxime cuando pueden existir indicios razonables de que la reconciliación efectivamente se ha producido, indicios que a menudo no escapan al control de las entidades gestoras del sistema (convivencia en el mismo domicilio, inclusión de uno de los cónyuges como beneficiario de asistencia sanitaria posterior a la separación legal, etc.). Aunque no se trate de hechos concluyentes, debe recordarse que la STEDH Muñoz Díaz vs. España³⁵ reconoció la pensión de viudedad a la supérstite de un matrimonio celebrado por el rito gitano no porque dicha forma matrimonial deba entenderse lícita y haya de desplegar plenos efectos, sino por la buena fe de la solicitante de la prestación, que consideraba que su relación era un auténtico matrimonio, válido y que desplegaba efectos

³⁵ De 8-12-2009, recurso 49151/07.

civiles, y, en segundo lugar, porque esa creencia había sido alentada por el comportamiento del Estado, cuyos actos habían generado esa apariencia de licitud; es, a la postre, una manifestación del principio de confianza legítima derivada de la actuación de la Administración. En atención a las circunstancias, el hecho de que la reconciliación no haya sido comunicada al juzgado debe ceder ante la realidad, que es, o debiera ser, conocida por la entidad gestora, permitiendo que la reconciliación tácita genere los mismos efectos de la reconciliación expresa.

En esta misma línea, conviene precisar que el hecho de que la reconciliación no sea eficaz u oponible frente a la Seguridad Social podría repercutir asimismo en otro tipo de derechos aparejados a la prestación principal. Dicho de otro modo, los argumentos que permiten considerar como tercero a las entidades gestoras de la Seguridad Social, y al sistema en su conjunto, por la falta de comunicación, quizá no puedan utilizarse en relación con determinados sujetos privados, y en particular el empresario, cuando conozcan fehacientemente la reconciliación, lo que permitiría al trabajador o a sus beneficiarios solicitar mejoras voluntarias. No obstante, la mejora voluntaria viene ligada a que el sujeto cause –o el beneficiario pueda percibir– la pertinente prestación de Seguridad Social, por lo que si tal prestación no fuera reconocida, tampoco nace el derecho a la mejora voluntaria.

En esta misma línea, conviene precisar que el hecho de que la reconciliación no sea eficaz u oponible frente a la Seguridad Social podría repercutir asimismo en otro tipo de derechos aparejados a la prestación principal. Dicho de otro modo, los argumentos que permiten considerar como tercero a las entidades gestoras de la Seguridad Social, y al sistema en su conjunto, por la falta de comunicación, quizá no puedan utilizarse en relación con determinados sujetos privados, y en particular el empresario, cuando conozcan fehacientemente la reconciliación, lo que permitiría al trabajador o a sus beneficiarios solicitar mejoras voluntarias. No obstante, la mejora voluntaria viene ligada a que el sujeto cause –o el beneficiario pueda percibir– la pertinente prestación de Seguridad Social, por lo que si tal prestación no fuera reconocida, tampoco nace el derecho a la mejora voluntaria.

En esta misma línea, conviene precisar que el hecho de que la reconciliación no sea eficaz u oponible frente a la Seguridad Social podría repercutir asimismo en otro tipo de derechos aparejados a la prestación principal. Dicho de otro modo, los argumentos que permiten considerar como tercero a las entidades gestoras de la Seguridad Social, y al sistema en su conjunto, por la falta de comunicación, quizá no puedan utilizarse en relación con determinados sujetos privados, y en particular el empresario, cuando conozcan fehacientemente la reconciliación, lo que permitiría al trabajador o a sus beneficiarios solicitar mejoras voluntarias. No obstante, la mejora voluntaria viene ligada a que el sujeto cause –o el beneficiario pueda percibir– la pertinente prestación de Seguridad Social, por lo que si tal prestación no fuera reconocida, tampoco nace el derecho a la mejora voluntaria.

