



Roj: **ATS 2308/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2308A**

Id Cendoj: **28079130012017200486**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/2017**

Nº de Recurso: **98/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JESUS CUDERO BLAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ M 11769/2016,**
ATS 2308/2017,
STS 121/2018

AUTO

En la Villa de Madrid, a 21 de marzo de 2017

HECHOS

PRIMERO. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ministerio de Defensa de 9 de febrero de 2015, que confirmó otra anterior de la Dirección General de Personal de 25 de noviembre de 2013 por la que se denegó a doña Marisol la **pensión de viudedad** que había solicitado, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó el 18 de octubre de 2016 sentencia desestimatoria del recurso.

SEGUNDO. Dicha sentencia, tras considerar que había de reputarse como acreditado que la recurrente es segunda esposa del causante de la **pensión** solicitada, don Rodolfo, recoge la doctrina jurisprudencial según la cual las situaciones de bigamia no se encuentran reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, resultan incompatibles con la legislación española y repugnan al orden público español, que constituye un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero.

Y añade, como fundamento de su pronunciamiento desestimatorio, que el Real Decreto Legislativo 670/1987 de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, no contempla la **pensión de viudedad** para casos de bigamia puesto que su artículo 38 hace referencia a "cónyuge"-en singular-, de manera que no cabe apreciar que la denegación de la **pensión** de jubilación haya vulnerado el principio de igualdad invocado por la recurrente.

TERCERO. Doña Marisol, recurrente en la instancia y viuda de soldado de la compañía mixta de ingenieros del Sáhara, titular de Documento Nacional de Identidad español bilingüe y pensionista del Estado español por haber pasado a la situación de retirado, ha preparado recurso de casación frente a la mencionada sentencia de la Sala de Madrid.

En dicho escrito, después de cumplir en debida forma las exigencias que impone el art. 89.2 LJCA, afirma que la sentencia recurrida ha vulnerado el artículo 96 de la Constitución por no haber aplicado, para la resolución del recurso, el Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979, cuyo contenido forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, y cuyo artículo 23 establece que "**la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación**".



A juicio de la Sra. Marisol, el recurso que se prepara presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, dado que los órganos judiciales muestran una enorme divergencia en el tratamiento de la poligamia y en relación al alcance que ha de otorgarse a la misma en los casos en los que, como aquí sucede, la ley nacional de los interesados admiten dicha situación y le reconocen efectos favorables en materia de seguridad social.

Expone al respecto que las tesis más relevantes sobre esta materia son fundamentalmente las siguientes:

1- La que reconoce la **pensión** únicamente a la primera esposa del varón bígamo, considerando que el segundo matrimonio es nulo y contrario al orden público, por lo que no produce ningún efecto jurídico (sentencias de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de junio de 2003, de la Sala de lo Social de la Comunidad Valenciana de 6 de junio de 2005 y la propia resolución que ahora pretende impugnarse en casación).

2- La que reparte la **pensión de viudedad** entre las diferentes esposas en proporción al tiempo que permanecieron casadas con el varón (sentencia 738/2003, de 26 de diciembre, 342/2005, de 31 de mayo y 456/2002, de 29 de julio, todas ellas de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid).

3- La que reparte la **pensión de viudedad** entre partes iguales entre todas las esposas del varón bígamo (sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de Barcelona de 10 de octubre de 2001, sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de enero de 2003, sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de julio de 2002 y sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de julio de 1998).

Por todo ello, considera conveniente un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sobre el derecho de las viudas en matrimonios poligámicos a percibir **pensión de viudedad** cuando su ley personal (determinada por la nacionalidad) reconoce ese tipo de uniones matrimoniales. Y, en caso afirmativo, cuál debería ser el criterio de reparto de la **pensión** entre las diferentes esposas.

CUARTO. Por auto de 16 de diciembre de 2016 la Sala sentenciadora tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas, Magistrado de la Sección

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Cumplidas las exigencias que impone al escrito de preparación el art. 89.2 de la LJCA, y considerando que del tenor literal del mismo se infiere, de forma evidente y notoria, que los motivos de interés casacional invocados son los previstos en los artículos y 88.3.a) y 82.2.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo entiende que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia las siguientes cuestiones:

1. Si la constatación de una situación de poligamia impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una **pensión de viudedad** en el régimen de clases pasivas del Estado, regulado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una **pensión** con cargo al Estado español.

2. Si el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979, resulta aplicable a efectos de ampliar o extender la condición de beneficiarias de **pensión de viudedad** en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de poligamia, con el causante perceptor de una **pensión** con cargo al Estado español.

3. En caso afirmativo, cuál ha de ser el criterio para el cálculo del importe de la **pensión de viudedad** correspondiente a las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante.

Y ello por cuanto, en primer lugar, sobre las cuestiones planteadas no se ha pronunciado la Sala Tercera del Tribunal Supremo, concurriendo, por tanto, la presunción a la que se refiere el artículo 88.3.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y sin que entendamos en modo alguno, desde luego, que el asunto carezca manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Además, la sentencia recurrida fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de normas de Derecho estatal en las que fundamenta el fallo que es contradictoria con la establecida por otros órganos jurisdiccionales, lo que nos permite acudir a la circunstancia que prevé el art. 88.2.a) de la LJCA.



En concreto, su interpretación contradice la alcanzada por las sentencias 738/2003, de 31 de mayo y 456/2002, de 29 de julio de 2002, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y por la sentencia 159/2003, de 30 de enero de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que reconocen, en el ámbito de la Seguridad Social, el derecho de **pensión** a viudas que se encuentran en situación idéntica a la de la ahora recurrente.

Por lo demás, el hecho de que la mayoría de las sentencias recaídas sobre la cuestión provenga de la jurisdicción social no excluye la posibilidad del pronunciamiento de esta Sala -al detectarse la evidente contradicción ante situación idénticas-, pronunciamiento que, obvio es decirlo, habrá de recaer sobre aquellas materias (de clases pasivas, en el caso) respecto de las que ostenta jurisdicción.

Por último, precisamente por la contradicción apreciada entre diversos órganos jurisdiccionales y porque la cuestión que nos ocupa se extiende a un número considerable de supuestos, consideramos que resulta necesario un pronunciamiento de la Sala Tercera sobre el alcance que -en punto a la materia que nos ocupa- debe otorgarse al artículo 23 del Convenio entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979; concretamente sobre si sus disposiciones en materia de seguridad social resultan aplicables -y en qué términos, en su caso- a situaciones de poligamia no aceptadas, como regla general, en nuestro ordenamiento jurídico.

SEGUNDO. Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de doña Marisol contra la sentencia 474/2016, de 18 de octubre de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid dictada en el procedimiento ordinario núm. 467/2015.

Y, a tal efecto, precisamos que las cuestiones en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las mencionadas en el razonamiento jurídico anterior y señalamos, además, que las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación son las contenidas en los artículos 38 y 39 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, en relación con el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979.

TERCERO. Conforme a lo dispuesto en el art. 90.7 de la LJCA, este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. 98/2017:

La Sección de Admisión acuerda:

Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de doña Marisol contra la sentencia 474/2016, de 18 de octubre de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid dictada en el procedimiento ordinario núm. 467/2015.

Segundo. Precisar que las cuestiones en las que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

1. Si la constatación de una situación de poligamia impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una **pensión de viudedad** en el régimen de clases pasivas del Estado, regulado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una **pensión** con cargo al Estado español.
2. Si el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979, resulta aplicable a efectos de ampliar o extender la condición de beneficiarias de **pensión de viudedad** en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de poligamia, con el causante perceptor de una **pensión** con cargo al Estado español.
3. En caso afirmativo, cuál ha de ser el criterio para el cálculo del importe de la **pensión de viudedad** correspondiente a las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 38 y 39 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado en relación con el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979.



Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman. D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D. Jose Juan Suay Rincon D. Jesus Cudero Blas

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ