



Roj: **STSJ M 8758/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:8758**

Id Cendoj: **28079330082016100386**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **21/07/2016**

Nº de Recurso: **463/2015**

Nº de Resolución: **401/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RAFAEL BOTELLA GARCIA-LASTRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### **Sección Octava**

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009730

**NIG:** 28.079.00.3-2015/0011535

**Procedimiento Ordinario 463/2015 X - 03**

**SENTENCIA NÚMERO 401/2016**

**Ilmos. Sres.:**

#### **Presidente**

*Doña Amparo Guilló Sánchez Galiano*

#### **Magistrados**

*Doña Emilia Teresa Díaz Fernández*

D. Rafael Botella y García Lastra

En la Villa de Madrid el día veintiuno de julio del año dos mil dieciséis.

**VISTOS** por la Sala constituida por los Señores referenciados al margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso- administrativo número **463 / 2015** formulado ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por el Procurador de los Tribunales Sr. D. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y en representación de **Emma** contra la resolución 9 de febrero de 2015 de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa por virtud de la cual se desestimó el recurso de alzada que la misma había interpuesto contra la resolución de fecha 25 de noviembre de 2013 de la Dirección General de Personal (Subdirección General de Costes de Recursos Humanos, Área de **Pensiones**) por virtud de la cual se denegó la **pensión de viudedad** que la misma había reclamado.

Ha sido parte demandada la **ADMINISTRACIÓN GENERAL del ESTADO** , (Ministerio de Defensa) representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado, en base a los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El pasado 11 de junio de 2015 el Procurador de los Tribunales Sr. D. Argimiro Vázquez Guillén en nombre Emma compareció ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid interponiendo recurso contencioso-administrativo contra la resolución que se menciona en el encabezamiento de esta sentencia.



**SEGUNDO.-** El escrito anterior tuvo entrada en esta Sección el pasado 16 de junio de 2015 disponiéndose por resolución de la misma fecha admitir a trámite el recurso recabando el expediente con la finalidad de que por la recurrente pudiera deducir la demanda.

**TERCERO.-** Recibido el expediente en fecha 10 de julio de 2015 se confirió traslado del mismo a la representación de la recurrente quien en fecha 4 de septiembre de 2015 formuló demanda en la que tras exponer los hechos que consideraba de aplicación terminaba con la súplica que previos los trámites de rigor se dictase sentencia estimando el recurso y anulando los actos recurridos y, en su consecuencia, se dicte sentencia declarando el derecho de la recurrente Emma a percibir la **pensión de viudedad** que en su día solicitó con los atrasos e intereses, todo ello con imposición de las costas procesales a la Administración demandada.

**CUARTO.-** Por diligencia de fecha 7 de septiembre de 2015 se dispuso dar traslado a la Abogacía del Estado para que contestase la demanda lo que verificó el siguiente 30 de septiembre siguiente en escrito en el que tras alegar lo que consideraba pertinente terminaba con la súplica de que se desestimase el recurso con imposición de costas a la recurrente.

**QUINTO.-** Por Decreto de 2 de octubre de 2015 se dispuso tener por contestada la demanda y fijar la cuantía del recurso como determinable pero, en ningún caso superior al límite casacional.

**SEXTO.-** Por auto de la misma fecha se dispuso recibimiento el pleito a prueba teniendo por reproducido el expediente y la documental aportada.

**SEPTIMO.-** Por diligencia de fecha 21 de octubre se abrió el trámite de conclusiones sucintas habiéndose evacuado por cada parte las propias tras lo cual, mediante diligencia de fecha 23 de noviembre de 2015 se dispuso dejar las presentes actuaciones pendientes de deliberación y fallo.

**OCTAVO.-** Mediante providencia de fecha 23 de mayo último se acordó proceder al señalamiento del asunto quedando fijada la fecha de deliberación para el siguiente 20 de julio de 2016, fecha en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Botella y García Lastra, quien expresa el parecer de la Sección.

A los anteriores resultan de aplicación los siguientes

#### FUNDAMENTOS JURIDICOS.

**PRIMERO.-** El Procurador de los Tribunales Sr. D. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y en representación de Emma formula el presente recurso contra la resolución 9 de febrero de 2015 de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa por virtud de la cual se desestimó el recurso de alzada que la misma había interpuesto contra la resolución de fecha 25 de noviembre de 2013 de la Dirección General de Personal (Subdirección General de Costes de Recursos Humanos, Área de **Pensiones**) por virtud de la cual se denegó la **pensión de viudedad** que la misma había reclamado como consecuencia del fallecimiento de quien fuera su esposo Luis Enrique (coincidente en nombre con Alejo ) quien había prestado servicios en la antigua Policía Territorial del Sahara.

La pretensión del recurrente es que dictase sentencia estimando el recurso y anulando los actos recurridos y, en su consecuencia, se declare el derecho de la recurrente Emma a percibir la **pensión de viudedad** que en su día solicitó con los atrasos e intereses, todo ello con imposición de las costas procesales a la Administración demandada.

**SEGUNDO.-** Antes de abordar la cuestión suscitada en este procedimiento, conviene que nos refiramos al sustrato fáctico de la presente controversia.

Luis Enrique (coincidente en nombre con Alejo ) según consta en el folio 100 del ea marroquí, casado con Emma y Sara sirvió con número de filiación NUM000 como soldado de segunda en la Compañía de Ingenieros de la antigua Policía Territorial del Sahara desde el día 1 de diciembre de 1949, hasta el 31 de diciembre de 1959 que pasó a situación de retirado por cumplir la edad reglamentaria.

Se le reconoció un haber pasivo que al momento de su fallecimiento en fecha 24 de enero de 2013 ascendía a la suma de 237,77 €/mensuales, percibiendo dicha suma en la Pagaduría de las Palmas.

Como consecuencia del fallecimiento Luis Enrique (coincidente en nombre con Alejo ) su viuda y primera esposa, la ahora recurrente solicitó el día 12 de noviembre de 2013 la **pensión de viudedad** que le pueda corresponder.

Se incoa procedimiento bajo el número de expediente NUM001 . Previo informe del Auditor se dicta resolución el 25 de noviembre de 2013 por la Dirección General de Personal (Subdirección General de Costes de Recursos Humanos, Área de **Pensiones**) por virtud de la cual se denegó la **pensión de viudedad** que la misma había



reclamado, que una vez notificada es impugnada en alzada resolviéndose por la Sra. Subsecretaria del Ministerio de Defensa en fecha 9 de febrero de 2015, acto este último, junto con el anterior, objeto del presente recurso.

**TERCERO.-** La recurrente considera vulnerado el artículo 14 de la Constitución el artículo 24 que preserva la tutela judicial efectiva mediante la resolución administrativa combatida, según refleja en el escrito de interposición e interesa que se declare el derecho a la **pensión de viudedad** que le corresponda, con abono de los haberes dejados de percibir desde esa fecha, un mes siguiente al fallecimiento de su esposo ocurrido el 24 de enero de 2013.

En concreto alega que el recurso se funda en la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley del Artículo 14 de la CE . (igualdad ante la aplicación de la Ley) vulneración que dice se ha producido mediante la denegación de la **pensión de viudedad**, pues considera se le ha reconocido a otras solicitantes y en defensa de esta pretensión alega en la demanda, que desde el año 1982 hasta el de 1999, por el Ministerio de Defensa se ha venido reconociendo la **pensión de viudedad** y orfandad a favor de esposas e hijos del personal militar saharauí que dispusiera de Documento Nacional de Identidad español bilingüe - lo que en este supuesto acontece, encontrándose copia del documento en la ampliación del expediente recabado por la Sala de Canarias- aplicándose la normativa contenida en la Ley 112/1966 de derechos pasivos del personal militar y Real Decreto de clases pasivas del Estado 670/1987, otorgando a los causantes la condición de españoles a estos solos efectos. Sin embargo a partir de 1999 se comenzaron a denegar sistemáticamente las **pensiones** a través de la aplicación de la Ley 172/1965, relativa al personal marroquí, pese a que los causantes no disponían de esa nacionalidad, y como consecuencia de esa denegación se interpusieron numerosos recursos contencioso administrativos y en ellos mediante diversas sentencias (2-3-05 ; 11-10-07 ; 5-2-08 del TS3 de Madrid) (30-6-2003 ; 21-5-2004 ; 18-2-05 de la A. Nacional ) entre otras muchas, los tribunales consideraron inaplicable esa normativa que se refería a personal marroquí, condición que no poseía el "Personal Indígena" que tenía Documento Nacional de Identidad Español Bilingüe, como el esposo de la recurrente, y por ello el Ministerio de Defensa mediante informe de la Asesoría Jurídica de 14 de diciembre de 2006, a la vista de las muchas resoluciones judiciales existentes, cambió el criterio, no oponiéndose al reconocimiento de tales **pensiones** siempre que, 1º- el causante sea personal saharauí, y no marroquí; 2º- que estuviere en posesión del DNI antes citado; 3º- que la **pensión** de retiro les hubiere sido concedida por la legislación de clases pasivas española y 4º- que quede acreditado el vínculo de parentesco con los beneficiarios, mismos requisitos interesados de 1.982 a 1.999.

La Abogacía del Estado se opone a los argumentos expresados y pide la desestimación del recurso al considerar que la Administración ha aplicado correctamente la legalidad vigente y que los supuestos de comparación invocados no son idénticos al que nos ocupa.

**CUARTO.-** La cuestión aquí planteada ha sido definitivamente resuelta en las 47 sentencias de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, dictadas el 17, 20 (cuatro) y 22 de mayo y 19 de julio (cuarenta y una) del presente año 2013 que, sin acoger el criterio seguido por esta Sala y Sección en sentencias dictadas el 13 de diciembre de 2006 (RCA 718/06), 30 de mayo (RCA 938 y 939/06), 6 y 27 de junio de 2007 (RCA 937 y 722/06), ha entendido que ese cambio reiterado de criterio vulnera el art. 14 CE (LA LEY 2500/1978).

Siendo, pues, vinculante para los órganos jurisdiccionales inferiores la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, hemos de remitirnos en su integridad al criterio estimatorio del Alto Tribunal plasmado en esas 47 sentencias en las que se dice:

*"De todo lo cual se colige que el requisito determinante para el reconocimiento de haber pasivo al personal saharauí que sirvió en la Agrupación de Tropas Nómadas y Agrupación de Tropas Nómadas del Ejército español (al igual que en el Grupo de Tiradores de Ifni) fue, desde un inicio, la mera posesión del DNI español o bilingüe; exigencia que se mantuvo inalterada en relación con la concesión de las posteriores **pensiones de viudedad** y orfandad, hasta el año 1999. Razón por la que, a criterio de este Tribunal, carece de justificación razonable exigir ex novo la acreditación de la nacionalidad española de los causantes (a quienes en su día ya se les había reconocido tales haberes), por el hecho de que, en la fecha de su fallecimiento, hubieran tenido lugar una serie de pronunciamientos de la DGRN que inciden, única y exclusivamente, en el ámbito de la adquisición y prueba de dicha nacionalidad, extremo respecto del que no se suscitó controversia alguna en los años en los que se procedió al inicial señalamiento y abono de los repetidos derechos pasivos..... Por último, se comprueba la justificación de un término de comparación adecuado que permite confirmar la efectiva diferencia de trato denunciada, a que alude la doctrina jurisprudencial que ha quedado anteriormente pormenorizada, a través de las numerosas resoluciones dictadas por el Ministerio de Defensa con antelación al cambio de criterio examinado, en las que se concedían las **pensiones de viudedad** controvertidas en situaciones idénticas a las ahora enjuiciadas, cuya existencia se infiere del expediente administrativo y no ha sido cuestionada por la Administración demandada.*



También son de destacar numerosas sentencias de la Sección novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid, en las que se da lugar a las mismas pretensiones que las ahora ejercitadas.

Por el contrario, la existencia de algunos pronunciamientos aislados de la Sección octava del mismo Tribunal confirmatorios de otros tantos acuerdos denegatorios de tales **pensiones**, no resultan suficientes a los efectos de entender sancionado el cambio de criterio administrativo mediante resolución judicial, en los términos a que alude la doctrina jurisprudencial referenciada, atendida la mayoritaria existencia de pronunciamientos jurisdiccionales en sentido contrario y la nueva rectificación llevada a efecto por la propia Administración.....

Como complemento de lo anterior, ha de tenerse en cuenta la particularidad de que el posterior reconocimiento de las **pensiones** litigiosas lo ha sido con fundamento en el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado lo que ha motivado, como se ha visto, que se limitaran sus efectos a la fecha de la segunda solicitud, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7.2 de la anterior norma, en la redacción entonces vigente, a cuyo tenor: <si el derecho se ejercitase después de transcurridos cuatro años contados a partir del día siguiente al de su nacimiento, los efectos económicos del mismo sólo se producirán a partir del día primero del mes siguiente al de presentación de la oportuna petición>.....

Razones, las expuestas, en base a las que entiende el Tribunal que obran elementos suficientes para apreciar la desigualdad alegada....., consistente en la infracción del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución. Lo que debe llevar al reconocimiento del derecho al percibo de las **pensiones** solicitadas, desde el mes siguiente a la fecha del fallecimiento de los respectivos causantes, así como al abono de los haberes dejados de percibir desde la indicada fecha....., más los intereses legales que procedan desde la presentación de las solicitudes iniciales hasta el efectivo pago de las cantidades que resulten".

Lo anterior determina la estimación del recurso en su integridad al cumplirse los presupuestos determinantes, de acuerdo con lo señalado anteriormente, del nacimiento y exigibilidad del derecho de que se trata, por ello procede la íntegra estimación del presente recurso formulado por la representación de Emma contra la resolución de 9 de febrero de 2015 de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa por virtud de la cual se desestimó el recurso de alzada que la misma había interpuesto contra la resolución de fecha 25 de noviembre de 2013 de la Dirección General de Personal (Subdirección General de Costes de Recursos Humanos, Área de **Pensiones**) por virtud de la cual se denegó la **pensión de viudedad** que la misma había reclamado como consecuencia del fallecimiento de quien fuera su esposo Luis Enrique (coincidente en nombre con Alejo), y, en su consecuencia se anulan las resoluciones impugnadas y se reconoce y declara el derecho de la actora a que le sea concedida la **pensión de viudedad** solicitada, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al fallecimiento de su esposo, así como el abono de los haberes dejados de percibir desde esa fecha hasta la de percepción de la **pensión** reconocida posteriormente, más los intereses legales que procedan desde la presentación de la solicitud inicial hasta el efectivo pago.

**QUINTO.-** En cuanto a las costas, de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, en la redacción dada por la ley 37/2011, aquí aplicable, dada la estimación del recurso, procede su imposición a la parte demandada.

En su virtud y vistos los preceptos citados y aquellos que fueren de general y pertinente aplicación, por el poder que el pueblo español y la Constitución y las Leyes nos tienen conferido

## FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Emma contra desestimación 9 de febrero de 2015 de la Subsecretaría del recurso de alzada que la misma había interpuesto contra la resolución de fecha el 25 de noviembre de 2013 de la Dirección General de Personal (Subdirección General de Costes de Recursos Humanos, Área de **Pensiones**) por virtud de la cual se denegó la **pensión de viudedad** que la misma había reclamado, y, en su consecuencia debemos ANULAR y ANULAMOS las resoluciones impugnadas y RECONOCEMOS y DECLARAMOS el derecho de la actora a que le sea concedida la **pensión de viudedad** solicitada, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al fallecimiento de su esposo, así como el abono de los haberes dejados de percibir desde esa fecha hasta la de percepción de la **pensión** reconocida posteriormente, más los intereses legales que procedan desde la presentación de la solicitud inicial hasta el efectivo pago.

Por imperativo legal se imponen las costas de esta instancia a la Administración demandada.



Expídanse por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia las copias y testimonios que fueren precisos de esta resolución archivándose el original en el legajo especial de sentencias que en esta Sección se custodia conforme lo establecido en el art. 256 de la L.O.P.J .

Notifíquese la presente resolución con arreglo a lo dispuesto en el art. 248 de la L.O.P.J . expresando que contra la misma no cabe recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos en nombre de S.M. el Rey de España.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sección D. Rafael Botella y García Lastra que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS