



Roj: **STSJ M 11769/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:11769**

Id Cendoj: **28079330082016100467**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **18/10/2016**

Nº de Recurso: **467/2015**

Nº de Resolución: **474/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **EMILIA TERESA DIAZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Octava

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2015/0011574

Procedimiento Ordinario 467/2015 O - 03

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN OCTAVA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 467/2015

SENTENCIA Nº 474/2016

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D^a Amparo Guilló Sánchez Galiano

Magistrados

D^a . Emilia Teresa Díaz Fernández

D. Rafael Botella y García Lastra

En la Villa de Madrid, a 18 de octubre de dos mil dieciséis.

VISTO el Recurso Contencioso Administrativo **ProcedimientoOrdinario número 467/2015** formulado ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por D^a . Begoña representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén asistida de la Letrada D^a Beatriz García-Tuñón Mederos, contra la Resolución del Ministerio de Defensa, de fecha **9/2/2015** , por la que se desestima el recurso de Alzada formulado por la recurrente, contra resolución de fecha **25/11/2013** , denegatoria de la pensión de viudedad instada, **expediente NUM000** .



Ha sido parte demandada el Ministerio de Defensa, representado y defendido por el Abogado del Estado.

Consta emplazada la primera viuda D^a Elvira .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el Recurso en fecha 11/6/2015, ante el TSJ Se reclamó el expediente a la Administración, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, presentando la misma en fecha 4/9/2015, expresando en los hechos y fundamentos de Derecho las alegaciones que consideró de aplicación, solicitando la estimación del recurso formulado.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en representación de la Administración demandada, contestó a la demanda en fecha 30/10/2015, se opuso a la misma, de conformidad con los hechos y fundamentos que invocó, solicitando que se dicte Sentencia desestimatoria del recurso y confirmar la resolución recurrida.

TERCERO.- En fecha 3/11/2015 recayó Decreto de cuantía. Mediante Auto de 3/11/2015 se acordó el recibimiento del pleito a prueba con el resultado que obra en autos. Al no haberse solicitado ni vista ni conclusiones, se declararon las actuaciones conclusas, notificándose a las partes según consta en las actuaciones.

CUARTO.- Mediante providencia de fecha 4/7/2016, se señaló para votación y fallo del recurso la audiencia del día 5/10/2016, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a . Emilia Teresa Díaz Fernández, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente Recurso Contencioso-Administrativo se dirige contra la Resolución del Ministerio de Defensa, de fecha **25/11/2013 expediente NUM000** , relativo a la recurrente, en la que se acuerda:

*<<< "Examinada su solicitud de **Pensión de Viudedad** y la documentación obrante en el expediente, esta Subdirección General, a la vista de la normativa aplicable, resuelve DENEGAR de conformidad con la disposición adicional cuarta del Estatuto de Clases Pasivas aprobado por Decreto de 22 de octubre de 1926 , no derogada expresamente por el vigente Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, resulta de aplicación lo preceptuado por el artículo 8 de la Orden de 1 de marzo de 1977, relativa a las normas sobre retiro del personal saharauí, que dispone que dichas pensiones no serán transmisibles y extinguido el derecho de un pensionista, no podrá recuperarse por ningún motivo, todo ello de acuerdo con lo establecido en el Informe de la Asesoría Jurídica de Presupuestos y Gastos de la Secretaría de Estado de Hacienda de fecha 29 de diciembre de 2010" >>>*

Se solicita por la parte recurrente según el tenor literal del suplico lo siguiente:

"Que tenga por presentado este escrito de demanda con sus copias y los documentos que se acompañan y previos los trámites necesarios la estime, declarando no ser conforme a Derecho las resoluciones administrativas impugnadas, y en consecuencia las anule, y se dicte Sentencia declarando el derecho de la recurrente D^a Begoña a percibir la pensión de viudedad que solicitó en su día en la cuantía que corresponda más los oportunos atrasos e intereses con imposición de las costas procesales a la Administración y que igualmente se reconozca el derecho de los hijos del causante a percibir la correspondiente Pensión de Orfandad con los oportunos atrasos e intereses"

SEGUNDO. - Se postula por la parte recurrente una pretensión anulatoria, que se articula en los fundamentos de derecho de carácter jurídico material, alegando en cuanto al fondo del asunto: infracción del derecho de la recurrente con vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley al denegarle la pensión de viudedad pese a haberse reconocido a otras solicitantes, existiendo cambios de criterios en relación a la pensión de viudedad. Alega que el fallecido disponía de documento nacional de identidad bilingüe y había percibido prestación de retiro con arreglo a la legislación de Clases Pasivas.

Pone de manifiesto las distintas interpretaciones del Ministerio de Defensa a lo largo del tiempo, señalando la STS de 19/7/2013 y posteriores en las se estiman las pretensiones, por lo que entiende es aplicable al caso, puesto que el recurrente tenía DNI bilingüe y percibió pensión.

La Administración Demandada, en la representación que ostenta, solicita la desestimación del presente recurso en base a las consideraciones expuestas en su escrito de contestación a la demanda que, en síntesis son las siguientes: pone de manifiesto en la contestación a la demanda que el recurrente tenía dos esposas y así se constata en el expediente administrativo, por lo que indica no puede considerarse español por no poder



incurrir en **bigamia, expresamente prohibida por la legislación Española incluso con condena penal recogida en el artículo 217 del CP** . En cuanto al fondo se opone a la demanda por encontrarse la resolución recurrida ajustada a derecho, habiéndose dictado conforme a los procedimientos legales establecidos. Se opone a los principios invocados de contrario. Solicita la desestimación de la demanda y la imposición de costas.

TERCERO.- Con carácter previo al análisis de la controversia, por tratarse de una cuestión de orden público procedimental, esta Sala y Sección al amparo de lo dispuesto en el artículo 69 c) de la LJCA , debe analizar la concurrencia de desviación procesal, teniendo en cuenta el suplico de la demanda, ya transcrito y el escrito de formulación del recurso.

Debemos tener en cuenta lo que dispone el artículo 45.1 de la Ley Jurisdiccional , que expresa que se iniciará por un escrito reducido a citar la disposición acto inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso. En el apartado segundo expresa los documentos que deberán acompañarse, que son la copia o traslado de la disposición o del acto expreso que se recurra. Conforme hemos dicho, criterio jurisprudencial pacífico y consolidado y dado el carácter revisor de este Orden Jurisdiccional, en este escrito inicial es donde queda acotado el acto que se impugna y frente al que exclusivamente podrá articularse en la demanda las pretensiones de parte, sin que sea posible desviar tales pretensiones hacia actos distintos de los que fueron indicados en el escrito de interposición, salvo los supuestos de acumulación efectuada con los requisitos regulados en los artículos relativos a la acumulación y ampliación del recurso que se establecen en la precitada Ley.

Dicho escrito determina el objeto de la pretensión que ha de formularse en la demanda, es por tanto, el definidor de su objeto, entendemos que también en lo referente a la cuantía litigiosa. Es en dicho escrito donde debe señalarse con precisión cuál es la resolución recurrida, objeto naturaleza y alcance de la misma, para dejar así concretado el contenido del pleito y fijada la cuestión o cuestiones a decidir en el mismo, por lo que al formalizarse la Demanda, debe existir una perfecta adecuación entre lo que por ella se suplica y lo que ya se consignó como objeto o materia sobre lo que habrá de versar el recurso en el escrito inicial, no pudiéndose variar el objeto de la impugnación en la demanda o en otro acto procesal posterior, salvo casos de acumulación y ampliación del recurso (TS 12/11/1980, TS 16/12/81, TS2/4/1982, TS 4/2/1983, TS 3/2/1984, TS 4/3/1989, TS 8/11/1990, TS 18/6/91, TS 275/7/91 , TS 2/3/92 , TS 26/3/92 , TS 9/3/93 , TS 21/5/93 SAN 22/4/2004).

Se reitera doctrina por la Tercera del Tribunal Supremo, de forma pacífica y reiterada, citándose por todas, la de fecha 9-6-99 en la que se expresa:

"Será de añadir que, como hemos recordado en la sentencia reciente de 13 de marzo de 1999 (rec. 1189/1993), con cita de jurisprudencia anterior, es en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo donde se concretan los actos administrativos sobre los que puede proyectarse la acción revisora de la jurisdicción, delimitando así el contenido sustancial del proceso. Si se alteran los actos impugnados en el momento procesal ulterior en la demanda se incurre en desviación procesal, que acarrea inexorablemente la inadmisibilidad del recurso frente a ellos. Por ello, la respuesta de la sentencia recurrida no sólo priva de contenido a la censura de incongruencia sino que es, además, ajustada a Derecho, al haber dirigido sus pretensiones ambos demandantes contra una licencia que no habían impugnado en el escrito de interposición de sus recursos "

En la STS de fecha 10/6/2003 en la que se dice:

<<< (...)" la delimitación del objeto litigioso se hace en dos escritos, uno el de interposición del recurso, en que habrá de indicarse el acto o disposición contra el que se formula y otro, el de demanda, en el que con relación a aquellos se deducirán las pretensiones que interesen, sin que sea lícito extender las pretensiones ejercitadas en la demanda a actos distintos de los inicialmente delimitados sin haber guardado los requisitos propios de la acumulación, puesto que permitirlo supondría prescindir de la naturaleza y el carácter esencialmente revisor del orden jurisdiccional contencioso administrativo. Del mismo modo, tampoco podrán ejercitarse pretensiones distintas de las que se hayan hecho valer en vía administrativa >>>

En la STS 26/5/2011 , en la que se expresa:

<<< (...)" si bien es cierto que la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa admite expresamente que, como sustento de las pretensiones de las partes, en los escritos de demanda y contestación (...) podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la administración, 56.1, ello no autoriza a que la parte actora formule en su demanda una pretensión sustancialmente distinta a la que planteó ante la administración >>>

En el presente caso, la parte recurrente se limita a reseñar en el escrito de formulación del recurso Contencioso Administrativo presentado, folios 2/3 del procedimiento, por D^a Begoña la resolución de fecha **9/2/2015, expediente NUM000** , que se contrae a la denegación de la pensión de viudedad instada, en tanto que en el suplico de la demanda se ha introducido - "**ex-novo** " - una serie de pretensiones ya transcritas, que no constan



en la resolución ya indicada de la que trae causa este recurso. Concorre por tanto en lo concerniente a dichas pretensiones causa de inadmisibilidad a tenor de lo que dispone la LJCA en su artículo 69 c) por desviación procesal en lo concerniente a dichos pedimentos, sin que pueda por tanto entrarse a conocer de los mismos en el recurso planteado.

CUARTO .- Despejados los óbices procesales, con carácter previo a conocer del fondo de la controversia planteada, debemos expresar las siguientes consideraciones que consideramos relevantes:

En primer lugar , del examen de la prueba practicada debemos declarar acreditados los siguientes datos: **D^a Begoña** , nacida en 1970 solicitó pensión de viudedad en fecha **12/11/2013** , quedando acreditado en las actuaciones que su cónyuge D. Jose Ignacio nacido en el NUM001 /1936, ha fallecido en fecha **24/1/2013** . Igualmente queda constancia que el fallecido lucraba una pensión del erario público del Reino de España hasta su fallecimiento, en su condición de soldado de segunda, y así consta en el expediente; que era tropa Saharaui con DNI español bilingüe.

En segundo lugar debemos poner de manifiesto que una vez examinada la prueba documental, se acredita, en este caso, que la Administración demandada, hace referencia en su resolución a **dos viudas** : la que aquí recurre (segunda esposa) y D^a Elvira , (primera esposa).

En relación a **la primera esposa** , esta Sala y Sección ha tramitado el **PO 463/2015** , recayendo Sentencia en fecha **21/7/2016** en la que se acuerda lo siguiente:

<<< " 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 Elvira contra desestimación 9 de febrero de 2015 de la Subsecretaria 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 RECONOCER 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. >>>

QUINTO .- La controversia planteada se contrae, según la parte recurrente, a la vulneración del artículo 14 de la CE , con cita de Sentencias del Tribunal Supremo, que esta Sala y Sección viene aplicando con posterioridad al pronunciamiento del Alto Tribunal en Sentencias de Julio de 2013, acogiendo el carácter estimatorio de las pretensiones instadas.

Sin embargo, teniendo en cuenta la particularidad del caso enjuiciado, antes de entrar a conocer de los motivos aducidos en la demanda rectora de autos, debe examinarse la concurrencia de elementos esenciales y determinantes, de carácter preprocesal y orden público en nuestro Ordenamiento Jurídico, cual es la situación acreditada de " *bigamia* ", para lo que hay que analizar la normativa aplicable al supuesto de hecho y así tenemos:

a) En la forma en que se ha expuesto en anterior fundamento jurídico, la recurrente es **la segunda esposa** del causante D. Jose Ignacio nacido en el NUM001 /1936 y fallecido en fecha **24/1/2013** , constando acreditada en virtud de título ejecutivo consistente en Sentencia de esta Sala y Sección de fecha **21/7/2016** una pensión de viudedad a la primera esposa, **D^a Elvira** .

b) De lo anteriormente expuesto fácilmente se colige la acreditación de una situación de *bigamia* , prohibida en nuestro Código Penal artículos 217 y siguientes , en los que no sólo se prohíbe tal estado, sino que se penaliza y así resulta del tenor literal del precepto: el que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

c) Por su parte el RD Legislativo 670/87 de Clases Pasivas en el artículo 38 , determina las condiciones del derecho a la pensión y expresa con toda claridad los diferentes supuestos que pueden concurrir y así se configuran de forma detallada para todos ellos, los requisitos necesarios, referenciados - **a una situación monógama** - aludiendo " *al cónyuge* ", no a los cónyuges. Así se dice: *<<< tendrá derecho a la pensión de viudedad quien sea cónyuge supérstite del causante de los derechos pasivos (...)* en los casos de separación y divorcio (...) en el caso de nulidad matrimonial (...) en las parejas de hecho (...) en todos los supuestos a los que se refiere el presente artículo, el derecho a pensión de viudedad se extinguirá cuando **el beneficiario** contraiga



matrimonio o constituya una pareja de hecho (...) >>> Se alude en singular al cónyuge y no se contempla en dicha normativa una situación de bigamia.

SEXTO .- Acreditado que en el Reino de España rige el matrimonio - monógamo en la forma y manera que se contempla normativamente, y que en este caso ya se ha concedido una pensión de viudedad, siendo así que nuestro ordenamiento jurídico, no reconoce a los pretendidos efectos que nos ocupan la bigamia, sino únicamente la unión matrimonial monogámica, se está en el caso de desestimar la pensión de viudedad, al quedar acreditada la "bigamia".

Tal situación jurídica, no sólo no se encuentra reconocida por nuestro ordenamiento jurídico, sino que resulta incompatible con las normas aplicables, supone una situación de desigualdad entre mujeres y hombres así como la sumisión de aquéllas a éstos y así se viene acogiendo de forma reiterada por la doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, STS de 14/7/2004 ; STS 10/6/2008 ; STS 19/6/2008 ; 14/7/2009 y STS de 4/7/2011 que recoge anterior doctrina y dice: <<< (...) "*la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3. CC EDL 1889/1). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello, sencillamente, porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos*", y añade que... "*la llamada a la correspondiente legislación nacional para regular el estado civil de las personas no puede servir de pretexto para soslayar el orden público español, que incluye sin duda la prohibición de poligamia*". (...)

En concreto y respecto de la estructura familiar (...) que la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (art. 12.3 CC EDL 1889/1). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP EDL 1995/16398). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un "suficiente grado de integración en la sociedad española">>>.

SEPTIMO.- Acreditados los anteriores extremos, valorada la prueba practicada, lleva a la convicción de que la pretensión no puede tener favorable acogida, al no quedar acreditado, en ese supuesto concreto, la vulneración del artículo 14 en la forma en que se propugna en la demanda rectora de autos, siendo pacífica y reiterada la doctrina jurisprudencial y del Tribunal Constitucional en el sentido que dicho principio puede invocarse en términos de la legalidad sin que pueda aplicarse al margen de la legalidad.

Pues bien, dicha circunstancia de legalidad normativa, no concurre en el presente supuesto. Acreditada la situación de "bigamia", resultaría contradictorio que a los efectos de lucrar una pensión de viudedad, no se tenga en cuenta esta particular situación, en un aspecto tan importante de la organización social del Reino de España como es el derecho a las pensiones de viudedad, conforme dispone el ordenamiento jurídico. En el caso que nos ocupa el RD Legislativo 670/1987, no contempla la pensión de viudedad para casos como el presente, haciendo referencia el tener literal del artículo 38 a "cónyuge" en singular. Por todo ello la pretensión instada no puede tener favorable acogida.

OCTAVO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en vigor la Ley 37/2011, procede la imposición de costas a la parte recurrente al desestimarse la pretensión instada.

Vistos los precedentes artículos y demás de general aplicación, en atención a lo expuesto, en nombre del Rey, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso Contencioso Administrativo, **Procedimiento Ordinario número 467/2015** , interpuesto por D^a . Begoña representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén asistida de la Letrada D^a Beatriz García-Tuñón Mederos, siendo parte demandada **el Ministerio de Defensa** representado y asistido por el Abogado del Estado contra la Resolución del Ministerio de Defensa, de fecha **9/2/2015** , por la que se desestima el recurso de Alzada formulado por la recurrente, contra resolución de fecha **25 /11/2013** , denegatoria de la pensión de viudedad instada, **expediente NUM000** . Se desestima la



pretensión instada al no encontrarse el supuesto de hecho contemplado en la normativa vigente aplicable al caso RD Legislativo 670/87 en su artículo 38 y no acreditarse vulneración del artículo 14 de la CE, por concurrir un supuesto de "bigamia".

Declaramos la conformidad a derecho de las resoluciones recurridas que se confirman, con todas las consecuencias legales inherentes a dicho pronunciamiento

Procede la imposición de costas a la parte recurrente al haberse desestimado la pretensión, en vigor la Ley 37/2011.

Frente a esta Sentencia podrá formularse recurso Casación en tiempo y forma, en vigor la LO 7/2015, conforme establece el artículo 86 y siguientes de la misma. Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose en audiencia pública, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDO