



Roj: **STS 121/2018 - ECLI:ES:TS:2018:121**

Id Cendoj: **28079130042018100017**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **24/01/2018**

Nº de Recurso: **98/2017**

Nº de Resolución: **84/2018**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

R. CASACION/98/2017

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 84/2018

Fecha de sentencia: 24/01/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 98/2017

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 16/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.8

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: MMC Nota:

R. CASACION núm.: 98/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 84/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, presidente



D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
D^a. María del Pilar Teso Gamella
D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo
D. José Luis Requero Ibáñez
D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 24 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 98/2017, interpuesto por doña Maribel , representada por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y defendida por la Letrada doña Beatriz García- Tuñón Mederos, contra la Sentencia dictada el 18 de octubre de 2016 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid en el recurso contencioso administrativo nº 467/2015 , sobre pensión de viudedad de clases pasivas del Estado.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida, la Abogacía del Estado con la representación que legalmente ostenta de la Administración General del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, sección octava, se ha seguido el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de doña Maribel contra la Resolución del Ministerio de Defensa de fecha 9 de febrero de 2015, por la que se desestima el recurso de Alzada que había sido interpuesto contra resolución que con fecha 25 de noviembre de 2013 fue dictada por la Dirección General de Personal, de la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica del Ministerio, y que acordó denegarle la solicitud de pensión de viudedad.

En dicho recurso, tal como consta en el expediente administrativo remitido fue debidamente emplazada doña Socorro , en su condición de primera esposa del súbdito marroquí causante de la pensión don Argimiro , sin que compareciera en forma.

SEGUNDO .- La sentencia recaída en ese proceso con fecha 18 de octubre de 2016 contiene el siguiente Fallo:

<<Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso Contencioso Administrativo, Procedimiento Ordinario número 467/2015, interpuesto por D^a Maribel , 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 . Sedesestima 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.>>.

TERCERO .- Contra la mentada Sentencia se preparó recurso de casación ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y expediente administrativo a este Tribunal, ante el que la parte ahora recurrente interpuso el citado recurso de casación.

CUARTO .- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de 21 de marzo de 2017 , se acordó lo siguiente:

<<Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de doña Maribel 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.>>.

QUINTO .- En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 19 de abril de 2017, la representación procesal de doña Maribel solicita se case y anule la sentencia recurrida y se estime el recurso de casación en los términos interesados.

SEXTO .- Mediante Providencia de 30 de mayo de 2017, se da traslado del escrito de interposición a la parte recurrida que presenta escrito de oposición el 1 de junio de 2017, en el que solicita se dicte sentencia totalmente desestimatoria del recurso de casación interpuesto de contrario.

SÉPTIMO .- Por providencia de 13 de septiembre de 2017 se acuerda, de conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, que ha lugar a la celebración de vista pública y por providencia de 30 de noviembre de 2017 se señala para el día 16 de enero de 2018, fecha en que tuvo lugar dicho acto. Con fecha del siguiente 18 de enero de 2017 la sentencia fue entregada para su firma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida

El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada el día 18 de octubre de 2016 por la sección octava de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por doña Maribel contra la Resolución del Ministerio de Defensa de fecha 9 de febrero de 2015, por la que se desestimó el recurso de Alzada que había sido interpuesto contra resolución de fecha 25 de noviembre de 2013 de la Dirección General de Personal, de la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica del Ministerio, y que acordó denegarle la pensión de viudedad que había solicitado.

La razón por la que fue denegada la pensión de viudedad por la Administración fue considerar que el régimen jurídico aplicable estaba integrado por la Orden de Presidencia de Gobierno de 1 de marzo de 1977 (Boletín Oficial del estado de 7 del mismo mes y año), por la que se dictan normas para el retiro del personal saharauí de la Policía Territorial de Sahara. Disponiendo su punto octavo que "las repetidas pensiones no serán transmisibles, y extinguido el derecho de un pensionista, no podrá recuperarse por ningún motivo". Consideró que tal norma era de aplicación por la previsión contenida en la Disposición adicional cuarta del Decreto de 22 de octubre de 1926 que reguló el Estatuto de Clases Pasivas, vigente al no haber sido derogado por el Real Decreto Legislativo 680/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado.

La sentencia impugnada, tras señalar la actuación administrativa que se recurre y resumir la posición procesal de las partes -sintetizando las alegaciones de la actora diciendo que "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", llega a la desestimación del recurso con los argumentos que desarrolla en los fundamentos de derecho cuarto a séptimo y que, en síntesis, son los siguientes:

(1) declara probado que la actora solicitó la pensión de viudedad tras el fallecimiento de su esposo - Argimiro en fecha 24/1/2013, quien era beneficiario de una pensión con cargo al erario público del Reino de España- y



siendo su segunda esposa, teniendo reconocida la primera de ellas - Socorro - esa pensión por sentencia de la misma Sala y sección de 21 de julio de 2016 dictada en el procedimiento ordinario 463/2015;

(2) afirma que esa situación de bigamia acreditada está prohibida y penalizada por el artículo 217 y siguientes del código penal y, además, afirma que resulta incompatible con las normas aplicables y supone una situación de desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos, y como viene acogiendo de forma reiterada por la doctrina del Tribunal Supremo, citando las sentencias de 14 de julio de 2004 , 10 y 19 de junio de 2008 , 14 de julio de 2009 y de 4 de julio 2011 ;

3) mantiene que el tenor literal del artículo 38 del RD Legislativo 670/87, de 30 de abril , de Clases Pasivas del Estado, cuando determina las condiciones del derecho a la pensión lo hace expresando con toda claridad los diferentes supuestos que pueden concurrir y, así, configura de forma detallada para todos ellos los requisitos necesarios referenciados a una situación monógama pues alude "al cónyuge", no a los cónyuges, de manera que no se contempla en dicha normativa una situación de bigamia;

(4) rechaza la vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española pues es pacífica y reiterada la doctrina jurisprudencial y del Tribunal Constitucional en el sentido que dicho principio puede invocarse en términos de la legalidad y, en este caso, no concurre esa legalidad normativa al quedar acreditada la situación proscrita de "bigamia" y no contemplar el Real Decreto Legislativo 670/1987 la pensión de viudedad para casos como el presente, haciendo referencia el tenor literal del artículo 38 a "cónyuge" en singular.

SEGUNDO .- *La identificación del interés casacional*

El interés casacional del recurso ha quedado delimitado, a tenor de lo declarado mediante Auto de esta Sala Tercera (Sección Primera) de 21 de marzo de 2017 , a la determinación de si puede ser reconocida, o no, la condición de beneficiaria de una pensión de viudedad del régimen de clases pasivas del Estado, regulado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a 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, debiendo pronunciarnos sobre (1) si la situación de poligamia lo impide por ser contraria al orden público nacional, (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 extender la condición de beneficiarias a todas las esposas y, (3) en caso afirmativo, cuál sería el criterio para el cálculo del importe de la pensión de viudedad que correspondería a todas ellas.

La resolución de la cuestión suscitada precisa de la aplicación e interpretación, al menos, del artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 , y de los artículos 38 y 39 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril , por el que se regula el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

TERCERO .- *Delimitación del supuesto de hecho en el que se enmarcan las cuestiones de interés casacional* .

Siendo estas las cuestiones a analizar y antes de resumir las posiciones de las partes conviene dejar delimitado que nuestra respuesta viene referida a un concreto y particular supuesto de hecho: el de un súbdito marroquí que sirvió como soldado de segunda en la Compañía Mixta de Ingenieros de la Policía Territorial de Sahara desde el 1 de diciembre de 1949 hasta el 31 de diciembre de 1959, fecha en la que pasó a la situación de retirado de conformidad con dispuesto por la Orden de Presidencia de 14 de junio de 1098 (Boletín Oficial del Estado de 12 de julio de 1980), generó derecho a pensión de retiro con cargo al erario público español, pensión que percibió hasta su fallecimiento el 23 de enero de 2013.

La sección octava de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid -mismo órgano que dicta la sentencia ahora impugnada- dictó sentencia el 21 de julio de 2016 en el procedimiento ordinario 463/2015 reconociendo la misma pensión de viudedad a quien era la primera esposa viuda del citado súbdito marroquí -doña Socorro - y, por tanto, ha reconocido que el fallecimiento del causante genera derecho a pensión de viudedad.

El examen de esa sentencia, ya publicada, pone de relieve que la razón de decidir fue el criterio fijado por esta Sala Tercera al resolver numerosos recursos, haciendo cita de diversas sentencias del años 2013, entre ellas la invocada por la hoy recurrente en la demanda presentada en el recurso contencioso administrativo que dio lugar a la sentencia impugnada, que era la dictada el 17 de mayo de 2013 -recurso de casación 821/2011 -, sentencia que consideraba acreditada la vulneración del principio de igualdad por no considerar justificado el cambio de criterio administrativo al resolver sobre el derecho a la pensión de viudedad. Es decir, la cuestión planteada en los recursos interpuestos por las dos esposas era la misma. No consta que esa sentencia haya sido impugnada.

**CUARTO** .- *Las alegaciones de las partes sobre el citado interés casacional.*

En el escrito de interposición, partiendo de afirmar que la sentencia impugnada vulnera el artículo 96 de la Constitución Española por no aplicar el Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 -su artículo 23 , cuando dispone 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."-, hace una exposición de las "líneas jurisprudenciales" existentes, concretando las siguientes:

1ª) aquella que no admite los efectos del segundo o posteriores matrimonios por considerarlos nulos con arreglo a la normativa española y, por tanto, rechazan el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad de las segundas y posteriores esposas - sentencias de Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas de Cataluña -de 30 de julio de 2003 - y de Valencia -de 6 de junio de 2005 -.

2ª) la que admite efectos al segundo y posteriores matrimonios y distribuye la pensión de viudedad en función del tiempo de duración de los matrimonios - sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid de 29 de julio de 2002 , de 26 de diciembre de 2004 y de 31 de mayo de 2005 . - La primera hace aplicación del artículo 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos .

3ª) y, finalmente, la que admitiendo esos efectos, considera que la pensión de viudedad debe distribuirse en parte iguales entre todas las posibles esposas - sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia - de 2 de abril de 2002 - y de Andalucía - de 30 de enero de 2003 y de 18 de junio de 2015, ambas de la Sala de Málaga . Las dos últimas hacen aplicación del artículo 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos .

La parte se muestra partidaria de esta última "línea jurisprudencial" y, a continuación, efectúa alegaciones sobre las cuestiones a las que el Auto de la sección primera de esta Sala de 21 de marzo de 2007 reconoció interés casacional objetivo. En síntesis, expone (1) que las razones de orden público que permitirían negar validez al matrimonio **polígamo** y que subyacen en las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que cita la sentencia impugnada y en la dictada por el Tribunal Constitucional 194/2014, de 1 de diciembre , no pueden excluir todos sus efectos, afirmando la existencia de un orden público atenuado que permitiría, modulando el artículo 12.3 del código civil , reconocerle determinados efectos que denomina "periféricos" que beneficiarían a las partes más débiles del vínculo matrimonial y, entre ellos, la pensión de viudedad; (2) que de acuerdo con el sistema de fuentes, con el principio de jerarquía normativa y con las previsiones del artículo 96 de la Constitución Española los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno y, por ello, la previsión del artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 , cuyo Instrumento de ratificación está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 1982 (en vigor desde el 1 de octubre de 1982 y modificado por el Protocolo Adicional de 27 de enero de 1998, publicado éste en el Boletín de 24 de noviembre de 2001) resulta procedente 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, razón por la que debe reconocerse esa condición a la recurrente como segunda esposa de un súbdito marroquí perceptor de una pensión de retiro con cargo al Estado español; (3) que la aplicación del artículo 23 del citado Convenio impone la distribución por iguales partes de la pensión de viudedad entre todas las esposas que reúnan y acrediten esa condición.

Con base en todo ello termina suplicando la estimación del recurso, con anulación de la sentencia impugnada, y que se efectúa pronunciamiento por el que

1º) se efectúe reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no solo a la primera esposa del varón **polígamo**, sino también a la segunda o ulteriores esposas.

2º) que se reconozca la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad a la segunda o ulteriores esposas como efecto de matrimonio que contrajo el causante conforme a su legislación personal nacional.

3º) que el criterio del cálculo del importe de la pensión de las segundas o ulteriores esposas beneficiarias de la pensión será el de reparto por iguales partes entre todas ellas.

Por su parte, el Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso afirmando que la situación de poligamia, según sentencia de esta Sala de 4 de julio de 2011 -recurso de casación 5031/2008 - es contraria al orden público y, por ello, opuesta a la posibilidad de concesión de una pensión de viudedad, apreciación que no se ve alterada por el artículo 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos pues dicho precepto solo reconoce que la pensión, en caso de reconocimiento, debe repartirse por parte iguales entre



las beneficiarias y, evidentemente, en referencia a la existencia de esposas legales, esto es, sin incurrir en la situación de bigamia. Por ello, añade, no existe vulneración alguna de los artículos 38 y 39 del Real Decreto Legislativo 670/1987 en tanto que en ellos se regulan las condiciones para ser beneficiario de la pensión con la expresión "cónyuge", es decir, en referencia a la esposa monógama y no a las polígamas.

QUINTO .- *Examen de las cuestiones jurídicas que tienen interés casacional.*

A) Las dos primeras cuestiones, por la evidente relación que presentan, tal y como tendremos ocasión de ver con nuestra exposición, serán analizadas conjuntamente.

Comenzaremos por decir que partimos de que los artículos 38 y 39 del Real Decreto Legislativo 670/1987 serían la fuente generadora del derecho a la pensión de viudedad de la recurrente (y de todas las esposas que de acuerdo con la ley personal del causante estuvieran simultáneamente con el causante perceptor de una pensión con cargo al estado español) y de que su denegación por la sentencia impugnada en casación es consecuencia de concurrir una situación de poligamia del súbdito marroquí causante de ella, debiendo analizar si tal situación de poligamia integra una razón de orden público que justifica tal denegación. Ocurre, además, que la sentencia impugnada niega la pensión de viudedad por no estar contemplada más que para los supuestos de matrimonio monógamo en el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 680/1987 .

Son múltiples las definiciones que pueden darse del orden público. De entre ellas podemos tomar aquella que lo conceptúa como el conjunto de principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico. Ahora bien, para llevar a cabo una aplicación de la cláusula de orden público del artículo 12.3 del código civil ("en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público") el examen de tales principios debe atender al sistema de valores reconocidos en la Constitución Española (STC 43/1986, de 15 de abril), a las previsiones de Tratados Internacionales que formen parte de nuestro ordenamiento jurídico por lo dispuesto en el artículo 96 de nuestra Norma Fundamental y, además, por remisión de su artículo 10.2 de la Constitución Española , pudiendo estar en juego el sistema de derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, éstos deberán ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Para determinar si la situación de poligamia es o no contraria al orden público a los efectos que aquí nos ocupan, la Sala territorial parte del criterio establecido por reiteradas sentencias de la sección sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre los efectos que tal situación -de poligamia- tiene a la hora de reconocer o no a un súbdito extranjero la nacionalidad española, criterio que es claramente contrario a tal posibilidad por valorar que la situación de poligamia constituye un dato o factor de especial y determinante relevancia que acredita la inexistencia de un grado suficiente de integración en la sociedad española. La sentencia que revisamos lo expone claramente en su fundamento de derecho sexto con cita de las sentencias de esta Sala de 14 de julio de 2004 , de 10 y de 18 de junio de 2008 , y de 14 de julio de 2009 , y con transcripción de la dictada el 4 de julio de 2011 en lo siguiente: *-" 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). 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)-* . En esencia, la falta de reconocimiento de efectos al matrimonio **polígamo** destaca en la idea de que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer.

Nosotros no discutimos ahora esa conclusión general. Ahora bien, sí consideramos que este criterio no puede ser aplicado a nuestro caso puesto que, además de las notables diferencias de las situaciones de hecho subyacentes entre los casos analizados en esas sentencias y la que ahora nos ocupa, ocurre que aquí es el propio Estado Español quien, como sujeto de derecho internacional y a pesar de la proscripción del matrimonio **polígamo** en nuestro ordenamiento jurídico - cuestión no discutida incluso por la parte recurrente-, admite un determinado efecto a dicho matrimonio en el artículo 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 : que las sucesivas esposas del trabajador marroquí causante de la pensión puedan ser en España beneficiarias de esa pensión generada por el esposo **polígamo** y siempre que fuesen beneficiarias de dicha prestación según la propia legislación marroquí. Destacamos aquí cómo en el preámbulo del Convenio se dice:

" El Gobierno de España y el Gobierno del Reino de Marruecos. Resueltos a cooperar en el ámbito social.



Afirmando el principio de igualdad de trato entre los nacionales de los dos países en orden a las legislaciones de Seguridad Social de cada uno de ellos.

Deseosos de asegurar a los trabajadores de cada uno de los dos países que ejerzan o hayan ejercido una actividad profesional en el otro país una mejor garantía de los derechos que ellos hayan adquirido.

Han decidido concluir un Convenio tendente a coordinar la aplicación, a los nacionales de los dos países, de las legislaciones de España y del Reino de Marruecos ".

A juicio de esta Sala, dada la situación que dicho Convenio tiene en nuestro ordenamiento jurídico tras ser publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 1982 y por el reconocimiento que le otorga el artículo 96 de la Constitución Española, la existencia del citado Convenio Internacional de carácter bilateral pone de relieve que en nuestro propio ordenamiento jurídico existe un concreto efecto reconocible para los matrimonios **polígamos** de súbditos marroquíes y, por tanto, *respondiendo a la primera de las cuestiones de interés casaciona I*, si el Estado Español reconoce esos efectos "atenuados" a las situaciones de poligamia de súbditos marroquíes, no es acertado oponer la cláusula general de orden público al reconocimiento de la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad, ello aunque nos encontremos en un supuesto de clases pasivas del Estado.

Efectivamente, la interpretación del artículo 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, cuando anuda el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al hecho de ser "cónyuge superviviente" del causante de los derechos pasivos, ha de ser interpretado atemperándolo necesariamente a esos parámetros de igualdad, consagrados en el artículo 14 de la Constitución Española, en los casos en que nos encontremos con situaciones de poligamia de súbditos marroquíes, ello con el efecto de considerar cónyuge superviviente del súbdito marroquí **polígamo** a las sucesivas esposas que soliciten el abono de la pensión y que sean acreedoras de ese derecho en la legislación marroquí.

El citado artículo 23 del Convenio dispone 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* ". Dicho precepto legal establece, en los casos de existir poligamia, la forma de distribución de la pensión de viudedad causada en España por un trabajador marroquí entre quienes tengan la condición de beneficiarias según la legislación marroquí. De esta manera, lo que hace es admitir en España la condición de beneficiarias del causante que reconozca la legislación marroquí y, por tanto, la posibilidad de que las diversas y simultáneas esposas del causante puedan obtener una determinada cuantía de la pensión generada con cargo al erario público español por el esposo **polígamo**. Es decir, otorga la condición de beneficiaria a las sucesivas esposas por el reconocimiento de esa condición de beneficiaria en el país - Marruecos- donde se contrajo el matrimonio **polígamo** válidamente. De esta forma queda cohesionado el sistema pues ante la situación de matrimonios **polígamos** válidos conforme a la ley personal del causante - Marruecos- se admite la condición de beneficiarias múltiples con base a la normativa del mismo país para, partir de ello, fijar la forma de distribución. La razón de ser de tal remisión -"conforme a la legislación marroquí"- no puede ser otra que la de dar cobertura limitada, ampliando o extendiendo la condición de beneficiarias, a las distintas mujeres que, de acuerdo con el ordenamiento marroquí, estuvieran simultáneamente casadas con el causante, en una institución o realidad social -la poligamia- que, siendo legal en Marruecos, en España sólo es contemplada por el derecho penal.

Es decir, el sentido del artículo 23 del Convenio, haciendo una interpretación integradora e igualitaria del párrafo primero del artículo 38 Real Decreto Legislativo 680/1987, nos llevará necesariamente a entender referida la expresión "cónyuge superviviente" a quienes, en número superior a la unidad -y siempre mujeres-, hubieren permanecido simultáneamente casadas con el causante.

Obsérvese que no hacemos aplicación directa del artículo 23 del Convenio al régimen de clases pasivas del Estado, que por previsión normativa integra un régimen especial de la Seguridad Social para el personal sujeto a su ámbito de aplicación - artículo 1 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- no previsto en el ámbito de aplicación delimitado por el artículo 2 del Convenio, sino que lo empleamos como criterio de interpretación válido por ser una previsión contenida en una norma de rango superior de nuestro ordenamiento jurídico y por estar en juego el principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución y en las Normas Internacionales sobre derechos humanos suscritas por España.

En conclusión, *en respuesta a la segunda de las cuestiones*, el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 permite que, en el ámbito de clases pasivas del Estado y por vía interpretativa, pueda ampliarse la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad del súbdito marroquí causante de la pensión de viudedad a la segunda y sucesivas esposas que, de acuerdo con su ley



personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado Español.

Y en la *tercera de las cuestiones* de interés casacional, que se refiere a la forma en que debería repartirse entre esas múltiples beneficiarias la pensión de viudedad, *la respuesta* es ya obvia y ha sido admitida incluso por la defensa de la Administración del Estado sobre la base de que el artículo 23 del Convenio estipula que la distribución de la pensión será "por partes iguales". Por ello, el cálculo del importe de la pensión, partiendo de que estamos en un supuesto en que no consta ruptura del vínculo matrimonial antes del fallecimiento, se efectuará partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el súbdito marroquí causante de la pensión.

SEXTO .- *La conclusión*

La presente sentencia, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA , ha establecido en los precedentes fundamentos la interpretación de aquellas normas sobre las que el auto de admisión consideró necesario el enjuiciamiento del presente recurso de casación por esta Salsa Tercera del Tribunal Supremo y, conforme a ello, declarará:

1º) que la constatación de una situación de poligamia de un súbdito marroquí no 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.

2º) que el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979 , por la posición jerárquica que tiene en nuestro ordenamiento jurídico tras ser publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 1982 y por el reconocimiento que le otorga el artículo 96 de la Constitución Española , permite que por vía interpretativa se pueda 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 que tenga origen marroquí, y que fuesen beneficiarias de la pensión según la legislación marroquí.

3º) que el cálculo del importe de la pensión se efectuará partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante.

4º) que el recurso de casación debe ser estimado y, con anulación de la sentencia, apreciando la vulneración del principio de igualdad denunciada en la instancia y por no haber sido cuestionada en ningún momento por la Administración la condición de beneficiaria de la esposa reclamante según la legislación marroquí, se reconocerá a doña Maribel el derecho a la percepción de la pensión de viudedad generada por su fallecido esposo de origen marroquí, don Argimiro , con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente a su fallecimiento, acaecido el 24 de enero de 2013, y calculándose su importe partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante. Así mismo, se reconocerá su derecho al cobro de los haberes dejados de percibir desde esa fecha y hasta la efectiva percepción de la pensión que se le reconoce, más los intereses legales que procedan desde la presentación de la solicitud y hasta su efectivo pago.

SÉPTIMO .- *Las costas procesales* .

De conformidad con el dispuesto en el artículo 93.4 de la LJCA tras la reforma por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la sentencia que se dicte resolverá sobre las costas de la instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de esta ley y dispondrá, en cuanto a las del recurso de casación, que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Por ello, se acuerda: a) no hacer imposición de las costas de la instancia por considerar evidente que el caso presentaba serias dudas de derecho por la dificultad que, por su singularidad, entraña la cuestión debatida. b) cada parte abonará, en cuanto a las del recurso de casación, las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido , con base en la respuesta dada en el fundamento jurídico quinto a las cuestiones de interés casacional planteadas:



1º) HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Maribel contra la Sentencia dictada el 18 de octubre de 2016 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid en el recurso contencioso administrativo nº 467/2015

2º) ANULAR la citada sentencia, DECLARANDO el derecho doña Maribel a la percepción de la pensión de viudedad generada por su fallecido esposo de origen marroquí, don Argimiro, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente a su fallecimiento, acaecido el 24 de enero de 2013, y calculándose su importe partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante. Así mismo, se declara su derecho al cobro de los haberes dejados de percibir desde esa fecha y hasta la efectiva percepción de la pensión que se le reconoce, más los intereses legales que procedan desde la presentación de la solicitud y hasta su efectivo pago.

3º) NO HACER IMPOSICIÓN de costas en los términos previsto en el fundamento último.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia: 24/01/2018 Tipo de procedimiento: R. CASACION Número: 98/2017 Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA DON José Luis Requero Ibáñez AL QUE SE ADHIERE DON Jorge Rodríguez Zapata Pérez A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 98/2017.

Con todo el respeto hacia el voto mayoritario, al amparo del artículo 157 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el presente recurso de casación con base en los siguientes razonamientos:

PRIMERO.- Comparto los Fundamentos Primero, Segundo, Tercero, Cuarto y - al margen de la discrepancia con el fondo de lo resuelto por la Sala

- comparto también lo razonado en el Fundamento Quinto, párrafo último, en cuanto a cómo debe entenderse dividida la pensión de viudedad que se reconoce a la recurrente.

SEGUNDO.- Respecto de la cuestión litigiosa que centra este recurso mi discrepancia se basa en las siguientes razones:

1º La sentencia mayoritaria aplica el artículo 23 del Convenio entre España y Marruecos en materia de Seguridad Social, que prevé el supuesto de matrimonio **polígamo** y acuerda que la única pensión de viudedad que se reconozca se dividirá por partes iguales entre las que resulten ser beneficiarias conforme a la legislación marroquí.

2º Tal norma convencional se refiere al derecho a las prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social, mientras que en el caso de autos se trata del reconocimiento de la pensión conforme al régimen especial de Clases Pasivas. Admito que es fácil llegar a una aplicación analógica de lo previsto en ese Convenio a supuestos como el de autos, máxime desde la aplicación del artículo 14 de la Constitución tal y como hace la sentencia mayoritaria.

3º Sin embargo la llamada que hace la Abogacía del Estado y la sentencia impugnada al orden público es relevante y debería llevar, más bien, una aplicación no expansiva, no integradora, sino restrictiva de lo previsto en ese Convenio en relación al artículo 38 de la Ley de Clases Pasivas.

Sin entrar en las circunstancias que aconsejaron la suscripción del citado Convenio, su previsión implica reconocer una pensión que, por definición y naturaleza, sólo puede reconocerse en España en quien concurra un doble presupuesto: haber estado unido en matrimonio y un matrimonio conforme a la legislación española y, en todo caso, reconocible desde las señas de identidad de tal instituto conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

4º Desde esta perspectiva sostengo la aplicación restrictiva del citado Convenio pues lo contrario implica reconocer un derecho para quien ha estado unido matrimonialmente no ya bajo una forma matrimonial no reconocida en España, sino que se asienta sobre una base constitutiva de delito por ser contrario al sistema de valores que protege el ordenamiento español.

Podrá decirse que ese Convenio no ha sido denunciado, pero que eso no sea así no debe llevar - como hace la sentencia mayoritaria - a aumentar, expandir una previsión puntual sólo prevista para los nacionales



marroquíes y para las prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social, es más, su artículo 2.1.A.2 expresamente excluye el régimen especial de clases pasivas.

5º Son numerosas las sentencias - de las que se hace eco la sentencia de la que ahora discrepo - que vienen declarando la improcedencia de reconocer a efectos del régimen general de extranjería o de nacionalidad a uniones polígamas. Tales pronunciamientos se asientan, como no puede ser de otra forma, en el adecuado entendimiento del concepto de orden público y es que a una figura que pugna con nuestra mentalidad - el matrimonio **polígamo** - sólo admite una interpretación restrictiva que evite además la fragmentación de un instituto como es el matrimonio.

6º Por último no debe perderse de vista que es muy distinta la situación social de España al tiempo de firmarse el Convenio al que se hace referencia con la situación actual. Hoy día son varios millones las personas que viven legalmente en España y que proceden de países de religión musulmana. Sin entrar ahora en disquisiciones que no son del caso, es necesario posibilitar su integración, lo que es compatible con la idea de que su acogida en España no debe implicar la renuncia a sus costumbres ni a su religión, pero dentro de los límites que marca nuestra cultura y nuestro sistema de valores, lo que tiene su reflejo en el orden público constitucional que protege la dignidad de la mujer.

Con pronunciamientos como el de la sentencia mayoritaria se van abriendo poco a poco brechas que debilitan nuestras señas de identidad, y que su aplicación sea en un aspecto muy limitado no quita para que, dado ese paso, se vaya a su extensión a otros supuestos aún más inaceptables.

Madrid, a 24 de enero de 2018

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.