



Roj: **STSJ AND 8926/2015 - ECLI:ES:TSJAND:2015:8926**

Id Cendoj: **29067340012015101194**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **18/06/2015**

Nº de Recurso: **591/2015**

Nº de Resolución: **1036/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL MARTIN HERNANDEZ-CARRILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

**SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA**

**Avda. Manuel Agustín Heredia nº 16**

N.I.G.: 2906734S20151000031

Negociado: **MA**

**Recurso: Recursos de Suplicación 591/2015**

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº1 DE MELILLA

Procedimiento origen: Viudedad y Orfandad 48/2014

Recurrente: Paloma

Representante: AITOR ALONSO SALGADO

Recurrido: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Representante: JOSE MANUEL LEONES SALIDO

**Sentencia Nº 1036/2015**

**ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE**

**ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,**

**ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO**

En la ciudad de Málaga a dieciocho de junio de dos mil quince

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente:

**S E N T E N C I A**

En el Recursos de Suplicación interpuesto por Paloma contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº1 DE MELILLA, ha sido ponente el Ilmo./Ilma Sr. /Sra D./ MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por Paloma sobre Viudedad y Orfandad siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 19/11/2014 . La parte dispositiva de dicha resolución expresa: " Que desestimando



íntegramente la demanda interpuesta por Da. Paloma contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo efectuar los siguientes pronunciamientos:

1°. Absolver al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de todos los pedimentos deducidos en su contra en la demanda."

**SEGUNDO.-** En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- Da. Paloma , nacida el día NUM000 -1963, con pasaporte marroquí nº NUM001 , casada por el rito musulmán el día 2 de mayo de 1996 (matrimonio cuya inscripción en el Registro Civil Español fue denegada por Acuerdo firme de fecha 7 de julio de 2008 dictado por el Registro Civil Central por ser contrario al orden público español), interesó del INSS pensión de viudedad por el fallecimiento de D. Martin , que había nacido el día NUM002 -1935, que estaba casado legalmente en España con otra mujer, acontecido el día 22-01-2012 cuando estaba afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, lo cual le fue denegado por resolución de fecha 30-10-2013 "POR NO SER SU RELACIÓN CON EL FALLECIDO NINGUNA DE LAS QUE PUEDEN DAR LUGAR A PENSIÓN DE VIUEDAD"

SEGUNDO.- Da. Paloma y D. Martin contrajeron matrimonio por el rito musulmán, cuya inscripción en el Registro Civil Español fue denegada por Acuerdo firme de fecha 7 de julio de 2008 dictado por el Registro Civil Central por ser contrario al orden público español (toda vez que era un matrimonio poligámico).

TERCERO Presentada reclamación previa con fecha 27-12-13, la misma fue desestimada por resolución de fecha 8-01-2014.

CUARTO.- Por Da. Paloma se interpuso demanda con fecha 27-01-2014.

**TERCERO.-** Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, recurso que formalizó no siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal el 10/4/2015 se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO** . La demandante, casada en Nador -Tribunal de Primera Instancia- con arreglo a los preceptos de El Corán y a la Sun- na (tradición musulmana) el 23 de abril de 1.966 con D. Martin , por entonces casado con Dña. Irene , fallecida el 26 noviembre 2.005, impugna la resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 30 de octubre de 2.013 que le deniega la prestación de viudedad que interesó al fallecimiento de su esposo el 22 de enero de 2.012, por no ser su relación con el fallecido ninguna de las que dan lugar a pensión de viudedad, de acuerdo con el artículo 174 L.G.G.S., y tras agotar la vía previa interpone la demanda origen de autos, que ha sido desestimada en la instancia.

Razona el Magistrado *a quo* , en esencia, que el matrimonio de la demandante con el causante carece de efecto alguno en el ordenamiento español al tratarse de un matrimonio poligámico que atenta contra la concepción española del matrimonio y la dignidad de la mujer y que no respeta las normas de orden público español, según Auto del Registro Civil Central de 7 de julio de 2.008, que denegó su inscripción.

Mostrando disconformidad la demandante, a través de su dirección legal, se alza en suplicación, formalizando escrito de recurso que articula a través un único motivo de censura jurídica a fin de que, revocada la de instancia, resulte estimada la demanda y declaro su derecho al percibo de la pensión de viudedad.

**SEGUNDO** . Por el cauce del apartado c) del art. 193 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la parte recurrente la infracción de los artículos 14 y 39 de la Constitución Española por considerar, en esencia, que negar la pensión de viudedad a la demandante supone un claro trato discriminatorio y una desprotección económica social y jurídica de la familia pues la demandante ha sido familiar (esposa) del causante.

Esta Sala de lo Social, en su sentencia de 10 de julio de 1.988 (Recurso de Suplicación 791/98 ) ha declarado, también analizando la validez de un matrimonio, a los efectos de la pensión de viudedad, celebrado conforme al rito del Corán, que " *Ante todo conviene destacar que con arreglo a la Previsión General recogida en el artículo 174 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/94, de 20 de Junio, "Tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente", y este estado civil solo es asignable a la persona a la que se le ha muerto el cónyuge, es decir, a la que se le ha muerto la persona unida a ella en vínculo matrimonial, condición que viene determinada por la circunstancia de matrimonio-convivencia matrimonial, quedando actualmente excluida la unión de hecho-convivencia extramatrimonial.*

*Dicho lo anterior, la actora y el trabajador causante contraen matrimonio según el rito Musulmán, ceremonia que desde el aspecto personal imprime a los contrayentes el carácter de cónyuges, eliminando la figura de compañeros sentimentales o convenientes de hecho o more uxorio, pues aunque se trate de un matrimonio*



Musulmán, el artículo 9-1 del Código Civil establece que "La Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte", añadiendo el nº 2 que "Los efectos del matrimonio se regirán por la Ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo", siendo así que la Ley personal de la actora y de D. Alfredo era la de Marruecos por su nacionalidad originaria Marroquí.

Posteriormente una y otro adquieren la nacionalidad Española, entendiéndose que la nueva nacionalidad para nada puede afectar a su situación matrimonial, pues la propia Ley de 10 de Noviembre de 1.992 atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado con arreglo a la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil, y expresamente, y en sentido genérico, el artículo 61 del Código Civil dice que "El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración".

Entonces, la cuestión que se plantea radica en averiguar y resolver si la omisión de inscripción de matrimonio en el Registro Civil Español constituye un requisito esencial de orden constitutivo o simplemente un requisito ad probationem o ad solemnitatem. La Sala considera que representa un mero defecto de forma que no puede privar de validez y eficacia, con todos los efectos legales que le son inherentes en el Ordenamiento Jurídico Español, al matrimonio celebrado conforme a la Legislación Marroquí, concretamente, el de la prestación de viudedad por la condición de cónyuge sobreviviente, y ello como consecuencia lógica, normal y obligada de la adquisición de la nacionalidad Española por la presunta beneficiaria y el sujeto causante".

Pues bien, sobre tales premisas doctrinales, el motivo debe ser estimado pues, como también razona la Sala de lo Social del T.S.J. de Canarias, Sala de Las Palmas, en su sentencia de 30 de octubre de 2.013 (Recurso de Suplicación 1701/11), una cosa es que para la legislación española sea nulo el matrimonio celebrado por personas ya ligadas por un vínculo matrimonial no disuelto o declarado nulo ( artículo 46.2 en relación con el artículo 73.2 del Código Civil, impedimento de ligamen) y que contraído matrimonio por Dña. Paloma con D. Martin, de estado casado, se le niegue su acceso al Registro Civil con justificación en el orden público, la dignidad constitucional de la mujer española y la concepción española de la institución matrimonial -cuestión ésta que la Sala abstendrá de valorar al exceder de los estrictos límites de la suplicación- y otra, bien distinta, que a Dña. Paloma, de nacionalidad marroquí, casada en Marruecos por el rito musulmán, con D. Martin, de nacionalidad marroquí de origen, válidamente celebrado, no se le reconozca la condición de cónyuge legítima a la muerte del que su esposo y por consecuencia la de beneficiaria de la pensión de viudedad ( artículo 174 LGSS ).

El hecho de que el matrimonio de Dña. Paloma con D. Martin haya sido ignorado no produciendo ningún efecto civil por considerarse nulo, no significa que no haya existido y siendo uno de los requisitos exigidos por la legislación española para poder acceder a la pensión de viudedad el haber contraído matrimonio legítimo con el o la causante, ex artículo 174 LGSS y cumpliendo tal exigencia el matrimonio bigamo válidamente celebrado conforme a la ley personal de los contrayentes ( artículo 9 Código Civil ), a Dña. Paloma debió reconocérsele la prestación de viudedad que peticionaba.

El Estado español reconoce efectos al matrimonio bigamo al suscribir con fecha 8 noviembre 1979 el Convenio bilateral con Maruecos en materia de Seguridad Social (BOE 13 octubre 1982 y en vigor desde ese mismo mes) que en su artículo 23 establece que " La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuido, en su caso, por partes iguales y definitivamente, entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarios de dicha prestación ".

Al no haberlo entendido así el Magistrado de instancia, la Sala debe acoger favorablemente el motivo y por su efecto el recurso a los fines de que, con revocación de la sentencia combatida, resulte estimada la demanda reconocido el derecho de la demandante al percibo de la pensión de viudedad.

## FALLAMOS

Que debemos **estimar** y **estimamos** el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Paloma contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Melilla con fecha 19 de noviembre de 2.014 en autos sobre viudedad, seguidos a instancias de dicha recurrente contra el Instituto Nacional del a Seguridad Social y, con revocación de la sentencia recurrida, estimamos la demanda y declaramos el derecho de la demandante al percibo de la pensión de viudedad en la cuantía fijadas legal y reglamentariamente, condenando a su pago a dicho Instituto.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.



Adviértase a la Entidad Gestora que en caso de recurrir deberá presentar ante esta Sala al preparar el recurso, si no lo hubiere hecho con anterioridad, certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación de pago periódico y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ