

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 1.803/2019

Fecha de sentencia: 17/12/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2679/2017

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 12/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez

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

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

Transcrito por:

Nota:

Resumen

Bigamia. Marruecos. Pensión de viudedad a repartir entre ambas esposas.

Precedente. Estimación.

R. CASACION núm.: 2679/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 1803/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. María del Pilar Teso Gamella

En Madrid, a 17 de diciembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por doña XXX, representada por el procurador de los tribunales don Argimiro Vázquez Guillen y asistido por la letrada doña María Beatriz García-Tuñon Mederos, contra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 2 de marzo de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 874/2015, contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de alzada formulado contra la resolución de fecha 20 de junio de 2014, denegatoria de la pensión de viudedad instada.

Se ha personado en este recurso como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con la representación que le es propia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el recurso contencioso-administrativo núm. 874/2015, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 2 de marzo de 2017, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

«**FALLAMOS:** Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso Contencioso Administrativo, Procedimiento Ordinario número 874/2015, interpuesto por D^a XXX representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén asistida de la Letrada D^a Beatriz García-Tuñón Mederos, contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de Alzada formulado por la recurrente contra resolución de fecha 20/06/2014 denegatoria de la pensión de viudedad instada, expediente 2312/14-ATP.

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, limitándose a la suma de 500 euros más IVA».

SEGUNDO. Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de doña XXX recurso de casación, que por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado mediante Auto de 8 de mayo de 2017, que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento a las partes.

TERCERO. Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con

fecha 8 de enero de 2018, dictó Auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«La Sección de Admisión acuerda:

Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de doña XXX contra la sentencia 115/2017, de 2 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el procedimiento ordinario núm. 874/2015.

Segundo.- Precisar, al igual que hicimos en el auto de 21 de marzo de 2017 (recurso de casación núm. 98/2017), que las cuestiones en las que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

CUARTO. La representación procesal de doña XXX interpuso recurso de casación mediante escrito de 14 de marzo de 2018, y termina suplicando a la Sala «...dictar sentencia por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida ya referenciada, se estime plenamente nuestro recurso en los términos interesados, con expreso pronunciamiento de costas»

QUINTO. La representación procesal de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que «...dicte sentencia desestimando dicho recurso y recogiendo la doctrina anteriormente expuesta».

SEXTO. Mediante providencia de fecha 29 de julio de 2019 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 12 de noviembre del mismo año, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

SÉPTIMO. No se ha observado el plazo que la Ley de la Jurisdicción fija para dictar sentencia, debido a la carga de trabajo que pesa sobre el Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *La sentencia de instancia*

Fue dictada el 2 de marzo de 2017 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo núm. 874/2015.

De ella, y para percibir el objeto de ese recurso, procede dar cuenta de los siguientes párrafos:

El recurso contencioso-administrativo se dirige contra las resoluciones que desestiman expresa y tácitamente la solicitud de pensión de viudedad efectuada por la actora, a la sazón viuda segunda del causante de la pensión, que falleció en fecha 18 de enero de 2012, que fue soldado de las fuerzas especiales del ejército español, en concreto de la Compañía de Ingenieros del Gobierno General del Sáhara, Grupo de Tiradores, que se encontraba en situación de retirado, percibiendo hasta su fallecimiento sus haberes pasivos como pensionista por la Pagaduría de Pensionistas Saharauis de Las Palmas, y que era titular del DNI español bilingüe expedido por las autoridades españolas en la entonces provincia española de Sahara. En el momento de su fallecimiento el causante contaba con dos esposas, la recurrente (segunda esposa) y doña... (demandante en el recurso 620/2015 que también se sigue en esta misma Sección). [Ésta última, dice la sentencia, consta emplazada]

[...]

En este supuesto en concreto la cuestión se traslada a determinar si el derecho a la pensión puede ser también reconocido a la que afirma ser segunda viuda del causante, cuando la primera reclama asimismo la pensión del fallecido, dada la situación de poligamia que concurre en tales casos.

Esta Sección se planteó tal supuesto en la resolución del recurso núm. 467/2015, dictando sentencia de fecha 18 de octubre de dos mil dieciséis, cuyo criterio ahora reiteramos, en la que se desestimó la pretensión actora. Dijimos en aquel pronunciamiento y ahora repetimos sobre tal cuestión [...].

SEGUNDO. *El auto de admisión del recurso*

De fecha 8 de enero de 2018, contiene algunos párrafos cuya transcripción es oportuna. Dicen así:

Las cuestiones que el presente recurso plantea son sustancialmente idénticas a las que abordamos en el auto dictado en el recurso tramitado con el número 98/2017, en el que ha recaído auto de admisión de fecha 21 de marzo de 2017.

[...]

Precisar, al igual que hicimos en el auto de 21 de marzo de 2017 (recurso de casación núm. 98/2017), 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.

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.

TERCERO. *El escrito de interposición*

Sus argumentos son, en suma, los siguientes:

-Con posterioridad al auto de 8 de enero de 2018, que admitió a trámite este recurso, esta misma Sala y Sección resolvió el recurso núm. 98/2017 por sentencia 84/2018 de 24 de enero, que decidió cuestiones sustancialmente idénticas a las ahora planteadas.

-Considerando que la sentencia de fecha 24 de enero de 2018 ya resuelve las cuestiones debatidas en el presente recurso, fijando las directrices que han de seguirse frente a las cuestiones establecidas en el auto de fecha 8 de enero de 2018, interesamos en este caso se dicte sentencia en los mismos términos ya establecidos en la mencionada sentencia y se declare la estimación del recurso de casación interpuesto contra la sentencia nº 115/2017, dictada en fecha 02 de marzo de 2017 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, anulándose dicha sentencia y se declare el derecho doña XXX a la percepción de la pensión de viudedad generada por su fallecido esposo de origen marroquí A. U. A. U. (también conocido por E.A.), con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente a su fallecimiento, el día 18 de enero de 2012, y calculándose su importe partiendo de que la pensión se distribuye por parte iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante. Así mismo, se declare 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.

-La norma que infringe la sentencia recurrida es el art. 96 de la Constitución, que determina que *Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*. Ello, al resultar inaplicado el Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 y en vigor desde 1 de octubre de 1982 (modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1998). Su art. 23 dispone: *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*.

CUARTO. *El escrito de oposición*

Sus razonamientos son los siguientes:

-La recurrente en su escrito de recurso solicita el reconocimiento de dicha pensión invocando el Convenio con Marruecos de 8 de noviembre de 1979, así como la sentencia de ese Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018, dictado en el recurso de casación 98/2017.

-Esta representación se opone al recurso en base a las siguientes consideraciones:

En primer término, debe señalarse que, en esta materia, a la fecha presente y que conozca esta representación, sólo se ha dictado la mencionada sentencia por lo que no existe aún jurisprudencia sobre la materia.

Por otra parte, la mencionada sentencia cuenta con dos votos particulares coincidentes con la tesis sustentada por esta Abogacía del Estado.

Pues bien, entendemos que la decisión del presente recurso debe ser negativa, dado que según reiterada doctrina de esa Sala que sí constituye jurisprudencia, la situación de bigamia es contraria al orden público, al resultar lesiva para los derechos fundamentales de las personas, implicando una sumisión de la mujer al varón.

Más aún, no solo es contraria al orden público, sino que repugna al mismo, como expresamente ha señalado ese Tribunal Supremo en numerosas ocasiones.

Así, por todas en la sentencia de ese Tribunal Supremo de 4 de julio de 2011 (RC 5031/2008). En idéntico sentido, entre otras muchas, las sentencias del mismo Tribunal de 26 de febrero de 2010 (casación 5507/2006), 6 de junio de 2012 (casación 5247/2011) y 14 de diciembre de 2017 (casación 1178/2016).

De esta manera la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino que más aún es algo radicalmente contrario al orden

público internacional español, es decir a aquel conjunto de principios esenciales en los que se funda la convivencia y que resultan absolutamente indispensables, hasta el punto de que su infracción constituye un delito tipificado en el artículo 217 del Código Penal.

Por otra parte, la poligamia supone una infracción manifiesta del principio de igualdad y más concretamente de la igualdad entre la mujer y el varón, al suponer la sumisión de las mujeres al varón.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también este carácter manifiestamente contrario al orden público de la situación de poligamia.

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 13 de febrero de 2003 (caso Refch Partisi y otros contra Turquía) declaró que la poligamia supone una discriminación basada en el sexo de los interesados.

Por otra parte, no puede afirmarse que el reconocimiento que se pretende tenga un efecto jurídico periférico o de escasa relevancia, sino que, por el contrario, tiene una especial importancia al suponer el pleno reconocimiento de una situación manifiestamente contraria al sistema de valores protegido por el ordenamiento español.

A tal efecto reiteramos las consideraciones recogidas en el voto particular de la sentencia de esa Sala de 24 de enero de 2018.

Finalmente debe de hacerse referencia al Convenio suscrito con Marruecos el 8 de enero de 1979, cuyo artículo 23 establece que:

“la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí beneficiarios de dicha prestación”.

Dicho Convenio internacional debe ser interpretado en todo caso con arreglo a los principios y valores establecidos en el texto constitucional, sin que dicha interpretación pueda infringir el principio constitucional de igualdad.

Además, la doctrina del orden público lo que produce es un efecto obstativo, que no pone en tela de juicio la norma jurídica, sino que atiende a los efectos, rechazando en la práctica la aplicación del derecho extranjero cuando su resultado sea contrario al orden público.

Así, resulta con toda claridad de lo establecido en el artículo 12.3 del Código civil, al señalar que:

“En ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulta contraria al orden público”.

De esta manera, la doctrina del orden público lo que hace es rechazar la aplicación de la Ley extranjera, en cuanto se considera que su efecto resulta contrario al orden público.

A la hora de firmar un convenio internacional, o al establecer en una norma jurídica la remisión a un ordenamiento extranjero, el legislador no tiene por qué investigar y enjuiciar la compatibilidad del ordenamiento jurídico extranjero con el sistema jurídico español, lo que resultará extremadamente complejo en dicho momento. Por otra parte, es indudable que dicho ordenamiento jurídico extranjero puede variar en el tiempo, a veces de forma sustancial, debido a cambios políticos o sociales, sin que ello exija la modificación del convenio internacional o de la norma de remisión a la legislación extranjera, ya que dicha legislación cuando resulte aplicable lo será solo, por virtud de lo dispuesto en el artículo 12.3 del Código civil, en la medida en que no resulte contraria al orden público.

En consecuencia, contestando a lo señalado por el auto de admisión del presente recurso, se solicita que por esa Sala se declare:

1.- La imposibilidad de reconocer una segunda o ulterior pensión de viudedad en caso de poligamia, al resultar la misma contraria al orden público.

2.- La irrelevancia a tales efectos de la existencia del Convenio suscrito con Marruecos de 8 de enero de 1979, conforme a lo establecido en el artículo 12.3 del Código Civil.

3.- Subsidiariamente y en todo caso que la pensión se reparta por igual entre las viudas del causante.

QUINTO. *Decisión del recurso*

Debemos llegar a la misma que alcanzamos en aquella sentencia de 24 de enero de 2018, dictada en el recurso de casación núm. 98/2017, pues las razones jurídicas expuestas en el presente recurso no difieren, en lo esencial, de las que entonces valoramos y, en todo caso, no conducen per se a una decisión distinta.

Así, dijimos en dicha sentencia:

“[...]”

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 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 la 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 casacional, 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 supérstite” 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 supérstite 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 supérstite” 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 receptor 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 receptor 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 receptor 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... el derecho a la percepción de la pensión de viudedad generada por su fallecido esposo de origen marroquí, don..., 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.

[...]"

SEXTO. Pronunciamento sobre costas

De conformidad con el dispuesto en el art. 93.4 de la LJCA, la sentencia que se dicte resolverá sobre las costas de la instancia conforme a lo establecido en el art. 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

1º) Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña XXX contra la sentencia dictada el 2 de marzo de 2017 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo nº 874/2015.

2º) Anular la citada sentencia, declarando el derecho doña XXX a la percepción de la pensión de viudedad generada por su fallecido esposo de origen marroquí, don A. A. S., también conocido como E. A., con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente a su fallecimiento, acaecido el día 18 de enero de 2012, y calculándose su importe partiendo de que la

pensión se distribuye por parte 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 expresados en el último de los fundamentos de derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, todo lo cual yo la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

