

ABREVIATURAS

- BOE: Boletín Oficial del Estado
- CC: Código Civil
- CDF: Carta Derechos Fundamentales
- CE: Constitución Española
- CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos
- CP: Código Penal
- DGRN: Dirección General de Registros y el Notariado
- DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos
- INSS: Instituto General de Seguridad Social
- LGSS: Ley General de Seguridad Social
- PIDCyP: Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos
- RD: Real Decreto
- RETA: Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
- TS: Tribunal Supremo
- TSJ: Tribunal Superior de Justicia

ÍNDICE

I.INTRODUCCIÓN	p.3
1. CUESTIÓN TRATADA	p.3
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE INTERÉS	p.4
3. METODOLOGÍA EMPLEADA	p.4
II. POLIGAMIA EN ESPAÑA	p. 5
III. LA POLIGAMIA Y PENSIÓN DE VIUDEDAD EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA	p.9
1. ARGUMENTOS A FAVOR DE RECONOCER LA PENSIÓN SOLO A LA PRIMERA ESPOSA	p.10
1.1. STSJ de Cataluña 30 de julio de 2003	p.10
1.2. STSJ de Valencia de 6 de junio de 2005	p.11
2. ARGUMENTOS A FAVOR DE REPARTIR LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN FUNCIÓN DEL TIEMPO DE CONVIVENCIA	p.13
2.1. STSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2004	p.14
2.2. STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2005	p.15
3. ARGUMENTOS A FAVOR DE REPARTIR LA PENSIÓN EN PARTES IGUALES ENTRE AMBAS ESPOSAS	p.16
3.1. STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002	p.17
3.2. STSJ de Andalucía de 30 de enero de 2003	p.18
3.3. STSJ de Andalucía de 18 de junio de 2015	p.19
4. LA STS DE 24 DE ENERO DE 2018	p.22
IV. CONCLUSIONES	p.28
V. BIBLIOGRAFÍA	p.31
VI. ANEXOS	p.32
1. STSJ Comunidad Valenciana 6 de junio de 2006	
2. STSJ Madrid 31 de mayo de 2005	
3. STSJ Galicia 2 de abril de 2002	
4. STS 24 de enero de 2018	

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA

El objeto del presente trabajo es el análisis de los efectos atenuados de la poligamia en la jurisprudencia española, en concreto, los efectos que se producen en relación con la pensión de viudedad, y para ello se ha tomando como base la reciente Sentencia del TS de 24 de enero de 2018.

Desde tiempos remotos, en la cultura de los pueblos occidentales el matrimonio se caracterizaba por la monogamia. Ahora bien, debido sobre todo al fenómeno de las migraciones de países de culturas islámicas se han generado en España distintos tipos de uniones, en especial y en referencia a la cuestión que nos ocupa, el matrimonio poligámico. Esta realidad ha originado que nuestros Tribunales y la DGRN hayan tenido que hacer frente a diversos problemas que las uniones polígamas han originado, para los que han tenido que jugar con los distintos efectos del orden público, dando lugar a una amplia jurisprudencia ¹.

Este trabajo versa sobre los efectos atenuados que producen este tipo de uniones con respecto a la pensión de viudedad, que es una de las cuestiones más importantes para la prosperidad del Estado español. Las secuelas económicas que tienen este tipo de uniones bígamas pueden suponer un problema para las arcas públicas del Estado español.

A tenor de lo expuesto, la STS 24 de enero de 2018 es muy ilustrativa ya que nos ayuda a delimitar tres cuestiones determinantes a la hora de desarrollar este trabajo:

- a) ¿Tienen derecho a beneficiarse de una pensión de viudedad todas las esposas supervivientes del matrimonio, o solamente la primera de ellas?
- b) En caso afirmativo, ¿tienen derecho todas a una pensión completa o habría que repartir dicha pensión entre todas?
- c) Cómo se calcularía el montante de la pensión que correspondería a cada una de las esposas?

¹Iriarte Ángel, J. (2012). El matrimonio poligámico en la jurisprudencia y la práctica españolas. In: J. Iglesias Buhigues, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea*. Valencia.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS

La elección del tema se debe a varios motivos: el primero de ellos es estudiar los efectos que tiene la poligamia en el territorio español, con las dispares reacciones de los Tribunales españoles ante este tipo de situaciones que son contrarias a nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, otra de las motivaciones que me llevan a elegir este trabajo es que las mujeres que se encuentran casadas en un régimen polígamo son perjudicadas en la mayoría de los casos, sobre todo dependiendo de cuál sea la solución que adopte el Tribunal español en su caso, como se observará más adelante.

Los matrimonios polígamos están prohibidos para la legislación española, debido a que son contrarios al orden público español y al sistema de valores que protege nuestro ordenamiento. Ello es así, porque se puede considerar que la poligamia presupone una desigualdad entre hombres y mujeres.

En conexión con la prohibición de las uniones polígamas en el ordenamiento jurídico español, es por lo que no se ha llegado a adoptar una postura unánime por parte de la jurisprudencia española acerca de la materia, sino que podemos observar un amplio abanico de resoluciones, la mayoría de ellas opuestas.

3. METODOLOGÍA EMPLEADA

He abordado el trabajo de la siguiente manera: en primer lugar, he hecho un análisis exhaustivo de las diferentes resoluciones de los órganos judiciales españoles, desde el año 1998 hasta la más reciente, para poder observar las diferentes posiciones que sostiene la jurisprudencia española cuando se trata de uniones polígamas y el reparto de la pensión de viudedad.

Una vez realizado ese análisis, he desgranado la STS 24 de enero de 2018, que es la base sobre la que sostengo el trabajo, ya que considero que puede ser un punto de inflexión a la hora de dar solución a este tipo de problema. Dentro del catálogo de resoluciones que he estudiado se pueden diferenciar tres argumentos jurisprudenciales diferentes, de los cuales he descartado dos de ellos hasta llegar a una conclusión final, que es la que me parece más humanitaria y equitativa.

En segundo lugar, he estudiado varios artículos de varias revistas en los que se manifiesta la postura que tienen los diferentes autores sobre el tema de la pensión de viudedad en régimen de poligamia, y de los que he podido extraer varias ideas que me han llevado a reafirmarme en la conclusión final que expondré al final de este trabajo.

II. POLIGAMIA EN ESPAÑA

La poligamia es el matrimonio de un contrayente con varios cónyuges. Cuando el contrayente se casa con varias mujeres estamos hablando de poliginia, mientras que en caso contrario, cuando la contrayente lo haga con varios hombres estaríamos ante poliandria. La poliginia es la práctica más extendida entre las uniones polígamas. Este control de esposas ha sido una institución que ha sido aceptada y extendida en tres cuartas partes de las sociedades del mundo.²

Como bien es sabido, todavía hay muchos países que aceptan y practican la poligamia, en especial los países islámicos, aunque también hay subgrupos cristianos como pueden ser los mormones. Los musulmanes explican el origen de la poligamia en la batalla de Uhud, en la que murieron tantos soldados que numerosas esposas se quedaron viudas y en consecuencia, los niños huérfanos. La forma de solucionar este conflicto fue mediante la unión poligámica, que en principio solo estaba aceptada para situaciones de emergencia social.

Como premisa principal, hay que señalar que el *ius connubi*, es decir, el derecho a contraer matrimonio, es uno de los derechos fundamentales de la persona, tal y como se puede contemplar en los diferentes textos de índole internacional que voy a ir mencionando a continuación.

En el marco europeo hay que hablar en primer lugar de la DUDH de 10 de diciembre de 1948, que trata el tema del matrimonio en su artículo 16.1 en el que se dice lo siguiente: “*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*”.³

²Giménez Barbat, T. (2007). La legalización de la poligamia. *Claves de la razón práctica*, (173). p. 2

³ Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 Diciembre 1948, 217 A (III), disponible en esta dirección: <http://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html> [Accesado el 15 Abril 2018]

En segundo lugar, hay que hacer mención al PIDCyP. Este Pacto forma parte importante de la Carta Internacional de Derechos Humanos y, en su artículo 23⁴ considera a la familia como el núcleo natural de la sociedad, por lo que garantiza un derecho de protección de la sociedad y del Estado.

En segundo lugar, en el segundo apartado del mismo artículo reconoce el derecho que tienen el hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia una vez que tengan capacidad para ello.

El Tribunal de Estrasburgo acepta como constitutivo de familia varios vínculos entre los que se encuentran el matrimonio y las parejas de hecho. Pero, en relación a las uniones polígamas el Tribunal establece que éstas dependerán de su reconocimiento en el Estado demandado. El CEDH de 4 de noviembre de 1950 no rechaza la poligamia, ya que puede incluirse en el concepto de “vida familiar” que resalta su artículo 8⁵, pero, el Tribunal reserva a los Estados la facultad de preservar la monogamia. Como consecuencia de ello, los Estados no están obligados a reconocer dichas uniones polígamas, aunque puedan incluirlas en su ámbito de protección de la familia.

En el ámbito de la legislación española, el artículo 32 CE reconoce el derecho a contraer matrimonio del hombre y la mujer en plena igualdad jurídica. Por su parte, el apartado segundo de dicho artículo establece lo siguiente: *“La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”*.

En España solamente se reconoce el matrimonio monógamo tal y como establece el artículo 46.2 CC, en el que se niega la capacidad para contraer matrimonio a quien ya esté ligado en un vínculo matrimonial. En este mismo sentido, el artículo 73.2 CC considera nulo el matrimonio que sea celebrado por una persona que ya se encuentre casada.

⁴Art. 23 PIDCyP : “2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”. BOE (1977). *Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York.

⁵Artículo 8 CEDH: “ Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

BOE (1979). *Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Roma.

El CP, por su parte, considera la poligamia como un delito en su art.217, al igual que la Ley Orgánica de Extranjería de 2000 refuerza la prohibición de la poligamia, al impedir la reagrupación familiar de más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero permita esa posibilidad.⁶

Hay que decir, que la poligamia es una institución que permanece vigente en la *Sharia* islámica y en algunos países africanos y asiáticos, hecho que hace que cuando entra en conflicto con los ordenamientos jurídicos occidentales puedan generarse conflictos. Los países europeos han mostrado su rechazo a la poligamia debido a que supone una lesión para los derechos de la mujer y, porque supone una violación a los principios que se encuentran dentro del concepto de orden público.

El marco legal de la poligamia comporta un rechazo del ordenamiento acerca de dos de sus componentes que son contrarios a la concepción de matrimonio derivada de nuestro texto constitucional: el orden público internacional y la lesión de derechos fundamentales y moralidad pública.

Cuando se aborda el tema de la lesión de los derechos de la mujer, estamos hablando más en concreto de la discriminación sexual. Esto es así debido a que en los países en los que la poliginia se continúa practicando, únicamente se tiene en cuenta la variante de la poliginia. En el mundo islámico, el hombre puede llegar a tener hasta cuatro esposas, siempre que pueda mantenerlas, pero, nunca puede ser al contrario, es decir, las mujeres no pueden casarse con más de un hombre.⁷

Al respecto de la lesión contra el derecho de igualdad y la dignidad de la mujer, hay que establecer que el art. 1 de la CDF, que en el Tratado de Lisboa adquirió valor jurídico, establece el carácter inviolable de esa dignidad y la obligación de su respeto y protección.

El principal argumento que se esgrime en contra de la poligamia es que fundamentalmente sería poligínica. Según Robert Wright⁸, la falta de igualdad entre hombres es bastante más destructiva socialmente que la desigualdad entre mujeres. Este investigador darwinista aboga por la restauración de la monogamia y su revalorización frente a la monogamia seriada.

⁷ Giménez Barbat, T. (2007). La legalización de la poligamia. *Claves de la razón práctica*, (173). p. 1

⁸Wright, R. (2010). *Moral Animal*. Vintage.

La poligamia en la actualidad es una institución que está en “desuso”, puesto que incluso en los países islámicos, en los que continúa permitida, se han ido adoptado posturas restrictivas, con ejemplos como la abolición de la misma en Túnez.

En Marruecos se ha implantado una cláusula de monogamia, es decir, a la hora de la celebración de un matrimonio, la esposa puede decidir por escrito que no aceptará el hecho de que haya una segunda esposa. Esta autorización para contraer matrimonio polígamo depende del cumplimiento de los requisitos de la *Sharia* de un trato igualitario.⁹

La figura de la poligamia nunca podrá obtener ninguna eficacia en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, esta rigidez puede sufrir cierto tipo de matizaciones en algunos aspectos que pueden ser fruto de situaciones de hecho producidas al amparo de la ley personal de la persona que la admite. Esto serían los llamados efectos atenuados del supuesto ilegítimo que pueden repercutir en algunos derechos fundamentales de la persona y que, por supuesto, implican que haya que adoptar soluciones jurídicas al respecto.

Debido a los fenómenos migratorios que han ido produciéndose en el tiempo, han generado problemas que los Tribunales han tenido que ir solucionando, sobre todo en relación a los efectos jurídicos que pueden desplegar los matrimonios poligámicos. En el presente trabajo se hace especial hincapié a los efectos de este tipo de uniones en materia de Seguridad Social, en el que siguiendo la literalidad de las normas, únicamente los matrimonios que se celebren sin contravenir la legislación española son los que pueden beneficiarse de las prestaciones.

Pero ello no es así del todo, ya que hay que tener en cuenta los llamados efectos periféricos del orden público internacional, en el que se pueden admitir ciertos efectos de los matrimonios polígamos que no contravengan el orden público. Para ello vamos a tomar como referencia una serie de jurisprudencia a lo largo de los años hasta llegar a la STS de 24 de enero de 2018, en el que vamos a estudiar los argumentos que esgrime la jurisprudencia para aplicar estos efectos atenuados.

⁹ Hay que recalcar la reforma que se realizó en la Mudawana, que es el Código de Estatuto Personal Marroquí, en el año 1993, al establecer su artículo 30.5 que si existen motivos para temer una injusticia en el trato de las diversas mujeres de un hombre, el juez no deberá de autorizar el matrimonio polígamo.

Sobre la base de todo esto, considero que es imposible que se admita en la legislación española efectos reflejos jurídicos de la poligamia en su contenido esencial, ni siquiera llegando a alegar la realización del derecho de libertad religiosa individual que ampara la CE. Ello es así porque la propia esencia de la poligamia es incompatible con el desarrollo de la dignidad humana y entra en colisión con el orden público y la moralidad pública.

Sin embargo, hay que advertir que la moralidad pública no es un concepto inmutable, sino que va evolucionando a lo largo del tiempo conforme va avanzando la sociedad. Es por ello que su aplicación como limitación de los derechos fundamentales se debe de revisar en consonancia con las circunstancias del supuesto de hecho para evitar que haya una restricción abusiva de estos derechos.

III. LA POLIGAMIA Y PENSIÓN DE VIUDEDAD EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Como introducción cabe destacar que la pensión de viudedad constituye un efecto jurídico periférico procedente de los matrimonios polígamos. Hay que tener claro que la pensión de viudedad es un derecho que se le reconoce al cónyuge supérstite debido al fallecimiento del otro cónyuge, pero que no está estrechamente relacionado con el matrimonio, dado que también se puede reconocer dicha prestación al superviviente de una pareja de hecho.

Sin embargo, cuando entramos a tratar el tema de la pensión de viudedad en conexión con los matrimonios polígamos empiezan a surgir los problemas dada la existencia de más de una mujer y el reconocimiento en España de este derecho solo a uno de los cónyuges. Estos problemas los iré resolviendo más adelante analizando las diferentes posturas que sostienen los Tribunales españoles para el reconocimiento de la pensión de viudedad a más de una mujer.

Con respecto a la prestación por viudedad, existen varios Convenios bilaterales suscritos por España con Marruecos y Túnez, de los que hablaré más adelante, en el que la solución es bastante clara: se reconoce el derecho a recibir la pensión de viudedad a la segunda esposa.

Pero, no hay que olvidar que el “orden público atenuado” admite que algunos efectos derivados de una unión polígama celebrada válidamente en un país extranjero pueda tener efectos en España, esto es, lo que hemos denominado antes un efecto jurídico periférico.

Para conocer lo que ocurre en estos casos en España hay que analizar las diferentes soluciones que dan nuestros Tribunales a lo largo del tiempo. Se pueden encontrar tres argumentaciones diferentes:

a) La primera solución sería reconocer la pensión de viudedad solo a la primera de las esposas

b) La segunda solución sería el reparto entre las diferentes esposas en proporción al tiempo de convivencia con el causante.

c) La última solución y mayoritaria, sería reconocer la pensión de viudedad en partes iguales a todas las mujeres del causante.

1. ARGUMENTOS A FAVOR DE RECONOCER LA PENSIÓN SOLO A LA PRIMERA ESPOSA

Para comenzar, hablaremos de la solución minoritaria que recogen los Tribunales, que es reconocer el derecho a la pensión de viudedad solamente a la primera esposa del causante polígamo, considerando entonces nulo el segundo matrimonio, por lo que, en consecuencia, no se genera ningún tipo de efecto jurídico para los matrimonios polígamos.

Como ejemplo a analizar encontramos las STSJ de Cataluña de 30 de julio 2003 y la STSJ de Valencia de 6 de junio de 2005.

1.1. STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003

Tratamos el caso de dos matrimonios celebrados legalmente en Gambia por nacionales del mismo país, por lo que, eran válidos con respecto a su ley personal. El causante vivía en Cataluña junto a sus dos esposas e hijos.

En la sentencia de instancia, el Juzgado de lo Social de Barcelona reconoció que se debía de abonar la pensión de viudedad compartida entre ambas esposas. Sin embargo, la primera de las esposas no estaba conforme con esta resolución, en atención a lo cual interpuso una reclamación previa a la resolución del INSS, por lo que posteriormente interpuso un recurso de suplicación contra la referida sentencia de instancia.

El Tribunal revocó la sentencia de instancia, reconociendo así sólo a la primera esposa el derecho a percibir íntegramente la pensión. El TSJ, consideró que el segundo matrimonio era nulo a los efectos de la ley española, por lo que, no carecía de sentido el reparto de dicha prestación entre ambas esposas.

En este sentido, el Tribunal, establece que: *“el modelo de familia que conforma la Constitución, de igual conceptualización que nuestro entorno cultural europeo y de raíz cristiana, determina la existencia de esta institución como monógama, y puede afirmarse que ningún país de la Unión Europea admite la celebración de un matrimonio polígamo al amparo de los respectivos ordenamientos civiles, ya sea celebrados entre nacionales, nacionales y extranjeros o de extranjeros entre sí... en el presente supuesto de tal figura choca frontalmente con el dictado del art. 12.3 del Código Civil, de que el derecho extranjero que resultaría aplicable en virtud de las reglas generales de colisión no puede, por excepción, aplicarse cuando ello fuere atentatorio al orden público de un país... Que todo lo antecedente conlleva a entender que a efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo y por tanto 'quod nullum est ab initio, nullum effectum producet', y por ello no cree la Sala posible convalidar el criterio contenido en la resolución del INSS del reparto del 50 % a cada una de las dos mujeres. A los efectos de la ley española, únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio...”¹⁰.*

En conclusión, el TSJ no tiene en cuenta si el matrimonio es válido de acuerdo con su ley personal, es decir, si la poligamia está permitida, simplemente se centra en el orden público español, en el cual hay una interdicción de la poligamia. Del mismo modo, no tiene en consideración los efectos jurídicos del matrimonio polígamo, puesto que niega cualquier tipo de efecto a estas uniones.

1.2. STSJ de Valencia de 6 de junio de 2005

En el caso que nos ocupa, el causante contrajo matrimonio en México en 1958 con la actora, más adelante se trasladaron a España a vivir y no inscribieron el matrimonio en el Registro Civil, pero los hijos habidos de este matrimonio sí que fueron inscritos en el Registro Civil en Alicante, donde sí que constaba el matrimonio de los padres. Es necesario advertir que el causante ya se encontraba casado anteriormente, matrimonio del que no había disolución o nulidad, por lo que a efectos legales, se podía entender que existe una unión polígama, ya que el causante ya estaba casado cuando contrajo matrimonio por segunda vez.

¹⁰Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003. Sala de lo Social.AS 2003/3049.

Se trata de un recurso de suplicación que solicita la actora a la sentencia de primera instancia, en la que se declara el derecho a la actora a percibir la pensión de viudedad del causante, pero, con un matiz importante, la debe de percibir en una cuantía proporcional al tiempo de convivencia con el causante, motivo por el cual decide recurrir.

El TSJ entiende que se trata de un matrimonio polígamo, puesto que no hay noticia de que el matrimonio anterior se hubiera disuelto, por lo que el Tribunal en este caso, considera que el segundo matrimonio es nulo y no se debería de reconocer el derecho a percibir la pensión a la segunda esposa, denegando si quiera el derecho a recibirla en proporción al tiempo de convivencia.

En conclusión, al igual que en la STSJ de Cataluña, el Tribunal entiende que por razones de orden público español, no se puede considerar que el segundo matrimonio fuera válido, aunque estuvieran legalmente casados en México, ya que la ley mexicana debería de quedar desplazada y excluida por la excepción de la cláusula de orden público internacional establecida en el artículo 12.3 CC, mencionado anteriormente.

Una vez estudiadas ambas sentencias, hay que darse cuenta, que ésta es una línea jurisprudencial bastante radical, que pocos tribunales han optado por seguir, en la que la segunda esposa queda bastante desfavorecida, por no decir, infravalorada con respecto a la primera esposa, puesto que, aún pudiendo tener descendencia con el causante, no tienen derecho a nada, los efectos que había desplegado su matrimonio, han quedado anulados radicalmente.

Bajo mi punto de vista, este tipo de postura crea desigualdad entre las diferentes mujeres, ya que, siendo equitativo y humanitario, el hecho de haber sido la primera en contraer matrimonio con el causante no implica que sea la única que tenga derecho a percibir la pensión de viudedad, puesto que, si estaban casadas ambas legalmente en el país de origen, el hecho de emigrar a otro país no debería de ser un impedimento para que la segunda esposa percibiera la prestación en España.

En la mayoría de los casos, la primera esposa conoce el hecho de que va a haber un segundo matrimonio y lo consiente, por lo que, al admitir que se produzca dicha unión, está permitiendo que se produzcan efectos jurídicos, como es el caso de una pensión de viudedad a la muerte del marido. Es por ello, que algunas de las viudas, aprovechando que no se encuentran en su país de origen, sino que se encuentran en países donde la poligamia está prohibida en el ordenamiento jurídico, aprovechan y recurren la sentencia que reconocía el reparto de la pensión entre ambas mujeres, queriendo la pensión únicamente para ellas, recibiendo así todo el montante.

Teniendo como eje el “orden público internacional”, hay efectos jurídicos del matrimonio que se celebra en el extranjero que no atentan contra el concepto de orden público internacional español. Los efectos que son admitidos en España son los llamados efectos jurídicos periféricos, entre los que se encuentra la pensión de viudedad, por lo que, el negar la validez a cualquier tipo de efecto derivado del segundo matrimonio es una solución un poco radical. Se trata con ello de intentar proteger situaciones que producen indefensión afectando a personas y que son resultado de un elemento ajeno y contrario al Derecho que es introducido en las mismas.

Por otra, parte, el sector mayoritario de la jurisprudencia se inclina por repartir la pensión de viudedad entre las viudas del causante, donde surge el problema sobre el porcentaje de la pensión que debe de corresponder a cada una de las viudas.

Para responder a esta pregunta, hay dos opciones, que vamos a estudiar por separado en cuanto al reparto de la pensión de viudedad entre las dos mujeres:

2. ARGUMENTOS A FAVOR DE REPARTIR LA PENSIÓN DE VIUEDAD EN FUNCIÓN DEL TIEMPO DE CONVIVENCIA

La segunda solución de los Tribunales consiste en reconocer la pensión de viudedad no solo a la primera esposa, sino también a la segunda o ulteriores esposas, por lo que siguiendo esta postura, el segundo matrimonio no es considerado nulo, desplegando así efectos jurídicos como puede ser la pensión de viudedad.

Este derecho a la percepción de la prestación no es igual para todas las esposas, dado que los Tribunales han optado por el reparto de la pensión en una cuantía proporcional al tiempo de convivencia con cada una de las esposas. Así, *“no habiendo previsión al efecto, pues en el caso los dos vínculos estaban vigentes al tiempo de causarse la pensión de que se trata, sería factible la aplicación analógica – del art. 4.1 del Código Civil y de las previsiones del art. 174.2 LGSS- para cuando ha mediado una separación judicial o un divorcio del causante respecto del primer cónyuge, entendiendo que la cuantía de la pensión debe ser proporcional al tiempo de convivencia con el causante”*¹¹.

Algún ejemplo en el los Tribunales españoles se han pronunciado en este sentido son: la STSJ Madrid de 26 de diciembre de 2004 y la STSJ Madrid de 31 de mayo de 2005.

2.1 STSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2004

En el caso que nos ocupa, el causante contrajo el primer matrimonio en 1948, pero posteriormente hubo una separación de hecho, y entonces éste empezó a convivir con otra mujer en 1953. De esta última relación tuvo tres hijos, pero no fue hasta 1978 cuando se contrajo el segundo matrimonio.

En primera instancia, el INSS reconoció la pensión de viudedad íntegramente a la segunda esposa, por lo que, cuando la primera tuvo conocimiento de ello recurrió solicitando al INSS su derecho a percibir esa prestación.

En la sentencia de primera instancia se reconoció a ambas esposas el derecho a percibir parte de la pensión de viudedad, pero en una cuantía proporcional de los años de convivencia, por lo que a la primera esposa se le reconocía desde 1948 hasta 1978 (año en el que se contrajo el segundo matrimonio) y a la segunda se le reconocía desde 1978 hasta el año 2000 (muerte del causante).

Se ha obviado el hecho de que la segunda esposa desconocía el hecho de que el causante había contraído un primer matrimonio, por lo que recurrió la sentencia de primera instancia solicitando un reparto equitativo de la pensión de viudedad en función de los años de convivencia de la siguiente manera: a la primera esposa desde 1948 a 1953, y a la segunda desde 1953 hasta el 2000.

¹¹Voto particular de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña(Sala de lo Social, Sección 1º). Sentencia nº 5255/2003 de 30 de julio de 2003.

Finalmente, el TSJ de Madrid admitió el recurso de suplicación que interpuso la segunda esposa contra la sentencia dictada en primera instancia y se decantó por el reparto proporcional que propuso la segunda esposa en el recurso en función de los años de convivencia¹².

2.2 STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2005

Estamos en un caso en el que el causante contrajo el primer matrimonio en 1972 y, a pesar de haberse declarado una separación judicial de dicho matrimonio en 1997, no se tramitó el procedimiento de divorcio, por lo que el vínculo matrimonial persistía. En 1998 contrajo matrimonio con la segunda esposa.

En primer lugar, se reconoció a la segunda mujer la totalidad de la prestación, pero la primera esposa también solicitó su derecho a percibir esa pensión, de manera que se modificó la distribución de la pensión y se optó por distribuirla pidiendo la primera esposa que se le satisficieran las cantidades dejadas de percibir durante el tiempo que se le dio todo a la segunda esposa.

El INSS interpuso un recurso de suplicación con el fin de negarle a la segunda esposa el derecho a obtener la pensión de viudedad, basándose en que no hubo buena fe por parte de ella, ya que hubiera evitado la bigamia con los certificados de nacimiento del causante, solicitando al Tribunal que declarara la inexistencia del segundo matrimonio, con los efectos que eso conlleva.

No obstante, el TSJ establece que la segunda mujer no conocía de la existencia de primer matrimonio, por lo tanto actuó de buena fe y los efectos jurídicos de su matrimonio no quedaron desvirtuados. Por ello, el Tribunal desestimó el recurso que había interpuesto el INSS y estimó la sentencia de primera instancia, en la que se reconocía a ambas mujeres el derecho a percibir la pensión de viudedad en función de los años de convivencia con el causante¹³.

¹²Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 4º), Sentencia núm. 738/2003 de 26 de diciembre de 2004. Fundamento Jurídico Primero.

¹³Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4º), Sentencia núm. 342/2005, de 31 de mayo de 2005. Fundamento Jurídico Segundo.

Esta postura es incorrecta, puesto que, en mi opinión, los años de convivencia no son el baremo exacto para poder medir una pensión de viudedad. A mi juicio, el hecho de que una mujeres haya vivido más o menos años con el causante no presupone que deba de recibir más o menos pensión de viudedad, ya que ambas han podido tener descendencia, y por ello, y por el simple de hecho de ser equitativos, no habría que favorecer a una en detrimento de la otra.

Siguiendo con la línea de desigualdad, hay que observar que esta solución no favorece a la esposa que ha vivido menos años con el causante, y la puede llegar a dejar en una situación de desamparo. Si la pensión de viudedad se repartiera en función de la convivencia con el causante, podría darse el caso que a una se le reconozca una pensión tan pequeña que se quede prácticamente indefensa, ya que no contará con los medios suficientes para poder sobrevivir.

En vista de que lo que tratamos de buscar es la equidad, hay que seguir sosteniendo que esta tesis no es justa para todas las esposas, ya que, pese a recibir todas pensión de viudedad, por lo que aún vamos un paso adelante en relación con la primera postura mantenida por los Tribunales, no estaríamos clasificando por igual a todas las esposas. Con ello quiero decir, que en este caso, unas esposas tendrían más derechos que otras, no estando todas en la misma posición, que es lo que debería de ocurrir.

3. ARGUMENTOS A FAVOR DE REPARTIR LA PENSIÓN EN PARTES IGUALES ENTRE AMBAS ESPOSAS

Por último, vamos a volver a estudiar la postura que mantienen los Tribunales al establecer que la pensión de viudedad se debe repartir entre las viudas del causante polígamo a partes iguales. Esta es la postura de la STS de 24 de enero de 2018 que hemos estudiado anteriormente, al igual que es la postura que recogen los Convenios Internacionales bilaterales que existen en materia de Seguridad Social con España, como por ejemplo, el Convenio bilateral entre España y Marruecos estudiado anteriormente en la citada sentencia.

Cuando se planteó por primera vez en la jurisprudencia española un caso de reparto de pensión de viudedad entre las viudas de un causante polígamo, se adoptó este criterio, que supuso una novedad importante en relación a los efectos jurídicos atenuados que produciría la poligamia en el ordenamiento jurídico español. Este caso fue el de la Sentencia del Juzgado de lo Social de La Coruña de 13 de julio de 1998, antecedente de una sentencia de la que se hablará a continuación.

A modo de ejemplo sobre los pronunciamientos de los Tribunales en esta dirección encontramos los siguientes: la STSJ de Galicia de 2 abril de 2002 y la STSJ de Andalucía de 30 de enero 2003.

3. 1 STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002

Se trata del recurso de suplicación que interpusieron todas las partes de la sentencia de instancia, que es la Sentencia de La Coruña de 13 de julio de 1998. Estamos ante el caso de un senegalés que contrajo matrimonio conforme a su ley nacional con dos mujeres. El primer matrimonio fue en 1974 y el segundo en 1981. Este caso tiene un matiz con respecto a los anteriores analizados, ya que aquí el causante que falleció en 1995 en un accidente estaba dado de alta en el RETA, por lo que era autónomo.

Los argumentos que se esgrimieron en el Tribunal aludieron al principio de reciprocidad, en el cual los trabajadores extranjeros deben de contar con los mismos derechos en materia de Seguridad Social que los trabajadores nacionales. En coherencia con esto, la legislación española en materia de Seguridad Social reconoce el derecho al cónyuge supérstite de un trabajador a obtener una pensión de viudedad con la salvedad de que el matrimonio esté contraído legalmente.

Nos encontramos con que, según su propia ley nacional, estos matrimonios son legales y pueden surtir los efectos jurídicos necesarios en España, puesto que, aunque en España esté prohibida la poligamia, la ley no hace una mención expresa a que el matrimonio haya tenido que celebrarse con base a la legislación española, simplemente que el matrimonio haya sido legal.

Finalmente, el Tribunal estimó que la pensión de viudedad debía de repartirse entre ambas viudas, sin que tuviera lugar la aplicación del antiguo art. 174.2 LGSS, que reconocía la pensión de viudedad entre las beneficiaras en función de los años de convivencia con el causante. Es más, lo que estableció el Tribunal fue que: *“... la prestación que se concede es la de viudedad por la legislación española, consistente en una única prestación del 45 % de la base reguladora... por lo que la totalidad de la misma habrá de repartirse entre ambas viudas, sin que pueda ser aplicable lo que al efecto señala el número 2 del art. 174.2 LGSS, que reparte proporcionalmente la pensión entre ambas viudas en los casos de separación o divorcio y en proporción al tiempo de convivencia, porque el supuesto es distinto dado que en el que se examina se trata de dos matrimonios legales y existentes a la fecha del fallecimiento, mientras que aquella norma se refiere a la sucesión de matrimonios, por lo que manteniéndose la convivencia de ambas esposas, de conformidad a su legislación nacional hasta el día del fallecimiento, lo lógico es dividir la totalidad de la pensión entre ambas”* ¹⁴.

En el recurso de suplicación que hicieron las partes, el INSS negaba que el causante estuviera incluido en el régimen español de Seguridad Social y, en cambio, las viudas del causante senegalés reclamaban su derecho a percibir la pensión, pero cada una de ellas quería la totalidad de la pensión, es decir, que hubiera dos pensiones íntegras para cada una.

Con respecto a la pretensión del INSS, queda desestimada por el Tribunal, donde confirma en su que el causante sí que estaba incluido dentro del régimen de Seguridad Social española, en concreto en el RETA ¹⁵.

En cuanto a las pretensiones que reclamaban las viudas del causante, el Tribunal estipula que el concepto de orden público admite matizaciones o flexibilizaciones, con base a una STS de 22 de noviembre de 1077 que establecía que la cláusula de excepción de orden público no es rígida, sino que puede admitir “inflexiones”. En consecuencia con el pronunciamiento de dicha sentencia se consideró que los matrimonios polígamos sí que podían surgir efectos jurídicos en materia de Seguridad Social.

¹⁴Juzgado de lo Social de La Coruña. Sentencia de 13 de julio de 1998. Fundamento Jurídico Segundo.

¹⁵Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002. Fundamento Jurídico Tercero.

Aunque las dos esposas tengan derecho a percibir la prestación, no significa que se tenga que reconocer una pensión de viudedad íntegra para cada una de ellas, tal y como establece la sentencia: *“No cabe sin embargo, la pretensión de las demandantes de que les sea reconocida a cada una una pensión 'in integrum'. La legalidad de los matrimonios del causante en su país de origen, si bien tiene en el ámbito que aquí opera la aptitud jurídica que se dejó dicha no la tiene en orden a provocar la causación de pensión de viudedad íntegra autónoma para cada viuda, sino entrando también en juego en este aspecto el orden público, estrictamente la de nuestro sistema de Seguridad Social en cuanto que reconoce viudedad al cónyuge supérstite causándole una pensión de viudedad o única prestación...”*¹⁶.

3.2 STSJ de Andalucía de 30 de enero de 2003.

Se trata de un caso de un marroquí polígamo, en el que las dos uniones subsistían en el momento del fallecimiento del causante. En primer lugar, el INSS le reconoció íntegramente la pensión de viudedad a la primera de las esposas, por lo que, la segunda esposa reclamó luego su derecho a percibir parte de la pensión de viudedad.

Al existir una segunda mujer, el INSS inició una demanda contra la primera esposa para que se revocara el acto del INSS en el que se le había reconocido el derecho a percibir una pensión íntegra de viudedad y su pretensión era que se fijara la pensión repartiendo la mitad entre cada una de las viudas, reintegrando entonces a la beneficiaria la cantidad que no ha sido percibida.

La sentencia de instancia estimó la demanda que presentó el INSS, por lo que la primera de las esposas presentó un recurso de suplicación contra la sentencia de primera instancia que había dictado del Juzgado de lo Social de Melilla.

El TSJ de Andalucía estimó la pretensión que reclamaba el INSS en base a los artículos. 3 y 23 del Convenio bilateral entre España y Marruecos en el que se establece un reparto de la pensión de viudedad en partes iguales entre todas las esposas que simultáneamente estuvieran casadas con el causante, con independencia de los años de convivencia que hayan pasado con el causante ¹⁷.

¹⁶Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002. Fundamento Jurídico Tercero.

¹⁷Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga. Sentencia núm. 159/2003 de 30 de enero de 2003. Fundamento Jurídico Primero.

3.3 STSJ de Andalucía de 18 de junio de 2015

Estamos ante un caso de un señor marroquí que contrajo un primer matrimonio con una mujer española, que falleció en 2005. Posteriormente, contrajo un segundo matrimonio con una mujer marroquí en el año 1996 por el rito musulmán.

El problema surge cuando el causante y la segunda esposa pretenden inscribir su matrimonio en el Registro Civil español y les deniegan la petición en 2008 por razones de contradicción con el orden público español.

Al fallecimiento del causante en el año 2012, la segunda esposa reclamó al INSS su derecho a percibir la pensión de viudedad. Al no serle concedida, ésta presentó una demanda contra la Entidad Gestora, pero esta sentencia fue desestimada.

Seguidamente, la segunda esposa interpuso un recurso de suplicación contra la sentencia de primera instancia del Juzgado de lo Social de Melilla, alegando que hay un claro trato discriminatorio dado que no le conceden la pensión de viudedad. A su vez, también alega que hay una desprotección económica, social y jurídica de la familia ya que la actora ha sido la esposa del causante hasta el día de su fallecimiento, por lo que cuenta con todo el derecho para poder percibir dicha prestación.

En cuanto a la validez del matrimonio, la actora se basa en el artículo 9 del CC, que trata de la ley personal, que en este caso sería la ley personal marroquí debido a su nacionalidad. Después de que se produjera el matrimonio, ambos contrayentes adquirieron la nacionalidad española, hecho por el que los dos entendieron que ese hecho no afectaba para nada a su situación matrimonial y, por consiguiente, a los efectos que podía producir su matrimonio en el territorio español.

El TSJ de Andalucía consideró en el recurso de suplicación que, pese a que anteriormente el matrimonio celebrado con la segunda esposa se hubiera considerado nulo con respecto a la legislación española por razones de orden público, no quiere decir que dicho matrimonio no haya existido nunca, por lo que, la actora sí que tendría derecho a percibir una pensión de viudedad al encontrarnos ante un matrimonio legal y válido tal y como se recogía en el artículo 174 LGSS, antes de la reforma operada en el año 2015. En relación a este artículo, solamente se exigía para poder ser beneficiario de una pensión de viudedad el haber contraído matrimonio legítimo.

Por su parte, para reafirmarse en el hecho de reconocer la pensión de viudedad a la segunda esposa, el TSJ se basa en el artículo 23 del Convenio bilateral entre España y Marruecos sobre Seguridad Social, al que se ha hecho referencia anteriormente, en el que se establece el derecho a percibir esta prestación a todas las esposas que hubieran estado simultáneamente casadas con el causante.

En suma, el TSJ estima el recurso interpuesto por la segunda esposa y reconoce el derecho a percibir la pensión de viudedad en la misma cuantía que lo hubiera percibido la primera, por lo que se hace un reparto equitativo de dicha prestación¹⁸.

Desde mi punto de vista, esta es la postura más justa y equitativa para distribuir la pensión de viudedad en los casos expuestos anteriormente, aunque con matices. Ante todo, hay que preservar el principio de seguridad jurídica internacional, que va en estrecha relación con los conceptos de orden público internacional y con los derechos humanos. El principio de seguridad jurídica es entendido como la relación de confianza que deben tener los ciudadanos en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas, es decir, hay una cierta predicción, ya que cada uno sabe a priori las consecuencias jurídicas que tiene sus actos.

En el caso que nos ocupa, se puede observar que en caso de que los Tribunales siempre siguieran la última de las posturas, las viudas de matrimonios polígamos sabrían que se les iba a reconocer el derecho a obtener esta prestación, por lo que no estarían en una situación de inseguridad jurídica como ahora, dado que cada Tribunal adopta la solución que le parece más favorable.

Es por ello que considero que la última de las tesis es la más favorable para el reparto de la pensión de viudedad, ya que las esposas del causante conocerían de antemano que tienen ese derecho a reclamar la pensión y no tendrían que reclamar dicha pensión en los Tribunales, teniendo una cierta inseguridad acerca del fallo.

En segundo lugar, otra cuestión que mejoraría si los Tribunales se decantaran por esta última opción sería la igualdad ante la ley que recoge el artículo 14 de la CE. En este principio se establecen una serie de deberes, derechos y garantías que son comunes para todos los ciudadanos del territorio español, es decir, todos tenemos los mismos derechos, sin diferencias.

¹⁸Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga. Sentencia núm. 1036/2015 de 18 de junio de 2015.

En este sentido, la tesis que sostengo que es la que favorecería a todo el mundo, es la que entronca con el principio de igualdad, dado que todas las esposas del causante serían reconocidas como beneficiarias legales de dicha prestación ante los ojos de los tribunales españoles, no como ocurre con la primera de las posturas, en la que sólo se reconoce el derecho a percibir la pensión a la primera de las esposas, dejando en situación de a las demás. En el caso de la segunda postura, es decir, la que reparte la pensión en función de los años de convivencia, sí que e reconoce que todas tienen derecho a una pensión, pero no en una situación de igualdad, ya que unas tendrían más derecho que otras a la hora de recibir el montante, por lo que en este caso, también se estaría vulnerando el principio de igualdad.

En estrecha relación con el principio de igualdad se encuentra el principio de no discriminación, que se encuentra regulado en el artículo 14 del CEDH. En este sentido de no discriminación hay que advertir que la tercera de las posturas es la más justa, ya que en el momento que la pensión de viudedad se reparte equitativamente entre todas las esposas, no hay ningún tipo de desigualdad entre unas y otras, siendo consideradas todas por igual ante los Tribunales.

Por último, considero que la tesis mayoritaria de repartición de la pensión en partes iguales entre todas las esposas no genera ningún perjuicio para ninguna de las partes, ni para las esposas del causante, ni para el Estado español, ya que todos salen favorecidos. Por un lado, ellas cobran su pensión conforme a la legalidad, percibiendo cada una la mitad de la prestación y con ello no generan un perjuicio a las arcas públicas del Estado español, puesto que no se genera el derecho a percibir una pensión íntegra, sino el reparto de la pensión que se debería pagar entre todas ellas.

4. LA STS 24 DE ENERO 2018

La reciente sentencia de 24 de enero de 2018 del Tribunal Supremo ha creado cierta expectación mediática, tal y como recoge NAVARRO-VALLS¹⁹, ya que en ella se reconoce el derecho a cobrar la pensión de viudedad a las dos esposas de un ciudadano marroquí polígamo, que sirvió en el Ejército español en el Sáhara, y que, por ello recibía una paga con cargo al Estado español.

¹⁹ Navarro-Valls, R. (2018). Poligamia y orden público. *El Mundo*, 06 febrero 2018.

Hay que delimitar el supuesto de hecho en el que se basa esta sentencia: se trata de un súbdito marroquí que sirvió como un soldado en la Policía Territorial del Sáhara desde el 1 de dic de 1949 hasta el 31 de diciembre de 1959, momento en el que pasó a retirarse de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de Presidencia de 14 de junio de 1958, en la que se creaba el derecho a generar pensión con cargo al Estado español, pensión que por otro lado, percibió hasta la fecha de su fallecimiento el 23 de enero de 2013.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en concreto, la sección octava, reconoció en sentencia de 21 de julio 2016 la pensión de viudedad a la primera esposa viuda del causante marroquí, por lo que, es en este momento en el que se reconoce que el fallecimiento de dicho causante sí que da derecho a generar una pensión de viudedad.

A raíz de los hechos expuestos, en primera instancia, se siguió un recurso contencioso-administrativo, que había sido interpuestos por parte de la representación procesal de la segunda esposa de este militar, y que venía a recurrir un recurso de alzada de la Dirección General de Personal de la Secretaría General Técnica del Ministerio, por el que se acordaba denegarle la pensión de viudedad.

Este recurso contencioso administrativo fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, ya que se entendió que el segundo matrimonio no se encontraba en el supuesto de hecho contemplado en la normativa vigente que se aplicaba al caso, que era el art. 38 del RD Legislativo 670/87, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, y por lo tanto, no se consideraba una situación de bigamia, conllevando que no se estuviera vulnerando el art. 14 CE.

Más concretamente, la razón de la denegación de la pensión de viudedad a favor de la segunda esposa por parte de la Administración, fue el considerar que el régimen jurídico aplicable en ese momento era la Orden de Presidencia de Gobierno de 1 de marzo de 1977, por la que se dictaban normas para el retiro del personal saharaui de la Policía Territorial del Sáhara, entre las que destacaba el punto octavo que establecía lo siguiente: *“las repetidas pensiones no serán transmisibles y, extinguido el derecho de un pensionista, no podrá recuperarse por ningún motivo”*²⁰.

²⁰Tribunal Supremo 24 de enero de 2018. Fundamento Jurídico Primero.

Contra dicha sentencia, se preparó un recurso de casación por parte de la segunda esposa ante la Sala de instancia del Tribunal Supremo, que fue admitido y en el que se dilucidaron las siguientes cuestiones en las que existe interés casacional objetivo bajo el punto de vista del Tribunal:

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 las clases pasivas del Estado, 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 art. 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979, resulta aplicable a efectos de ampliar la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de las 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, 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”.*

Entrando a analizar la primera de las cuestiones, lo primero que hay que hacer es definir el concepto de orden público, que es entendido como “*un conjunto de principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico*”²¹. No obstante, habría que examinar las situaciones en las que se debe de aplicar la cláusula de orden público establecida en el artículo 12. 3 CC²², ya que hay que observar en primer lugar, los valores que propugna la CE, los Tratados Internacionales que estén reconocidos en nuestro ordenamiento en virtud del artículo 96 CE²³, valorando si entra en conflicto con el sistema de derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico español reconoce.

²¹Navarro-Valls, R. (2018). Poligamia y orden público. *El Mundo*, 06 febrero 2018.

²²“En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.

²³“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

Para conocer si la poligamia es contraria o no al orden público a los efectos de reconocer la pensión de viudedad, la sentencia referida parte de un criterio establecido por reiterada jurisprudencia, sobre los efectos que tiene la poligamia para reconocer la nacionalidad española. Para ello, se parte de lo que dicta la STS 4 de julio 2011 cuando dice 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. 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”*²⁴.

En consonancia con el criterio que expone la STS de 4 de julio de 2011, en el caso concreto de la Sentencia que estamos analizando, no se aplicó, ya que se consideraba que el supuesto de hecho de las dos sentencias no era igual, ya que había notables diferencias en el supuesto fáctico, como por ejemplo, que en el caso concreto de la STS 24 de enero de 2018, es el propio Estado español quien, al ser sujeto de derecho internacional y, a pesar de la proscripción del matrimonio polígamo, admite un efecto reflejo de dicho matrimonio en el art. 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979: que las sucesivas esposas del trabajador marroquí causante con derecho a una pensión aquí puedan ser beneficiarias de dicha prestación generada por el esposo polígamo, siempre y cuando fueran beneficiarias de dicha pensión según la legislación marroquí²⁵.

En definitiva y, respondiendo a la primera de las cuestiones, si el Estado español reconoce este tipo de efectos reflejos atenuados a estas situaciones de poligamia de súbditos marroquíes a través de un Convenio bilateral, no cabría oponer la cláusula de orden público al reconocimiento de la condición de beneficiarias a la pensión de viudedad, aunque se encuentre dentro del marco de clases pasivas del Estado.

²⁴Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 4 de julio de 2011

²⁵Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 24 de enero 2018.

Entrando a valorar la segunda de las cuestiones a estudiar de interés casacional, hay que observar que la existencia de un Convenio Internacional entre España y Marruecos de carácter bilateral pone de manifiesto que hay un efecto reconocible en nuestro ordenamiento jurídico para este tipo de uniones polígamas de súbditos marroquíes.

El artículo 23 del Convenio bilateral, publicado en el BOE de 13 de octubre de 1982, 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, beneficiarias de dicha prestación*”²⁶. Lo que quiere explicar dicho precepto es que en casos de que exista la poligamia, la forma en la que pensión de viudedad que se generó en España por un trabajador marroquí queda distribuida entre quienes tengan la condición de beneficiarias según la propia legislación marroquí. De esta manera, se está admitiendo en la legislación española la posibilidad de que las distintas y simultáneas esposas del causante puedan tener derecho a obtener una determinada cuantía de la prestación generada con cargo al Estado español, ya que en el país donde se contrajo el matrimonio válidamente, son consideradas beneficiarias de dicha prestación.

En este momento habría que ponderar el artículo. 23 del Convenio bilateral entre España y Marruecos con el art. 38 del RD Legislativo 670/1987²⁷, que reconoce el derecho a la pensión de viudedad cuando se ha sido cónyuge supérsite del causante de los derechos pasivos. Interpretando ambos preceptos, se entiende que se debe equiparar necesariamente al “cónyuge supérsite” con las esposas que hubieran permanecido simultáneamente casadas con el causante.

En conclusión, 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 se pueda ampliar la condición de beneficiarias 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 erario español.²⁸.

²⁶Convenio Internacional entre España y Marruecos sobre Seguridad Social de 8 de noviembre de 1979.

²⁷“*Tendrán derecho a la pensión de viudedad quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos, siempre en proporción al tiempo que hubieran vivido con el cónyuge fallecido y con independencia de las causas que hubieran determinado la anulación o el divorcio en cada caso*”.

²⁸Tribunal Supremo 24 enero 2018. Fundamento Jurídico Quinto.

Para finalizar con las cuestiones de interés casacional, quedaría conocer cuál sería la manera de repartir esa pensión entre las diferentes beneficiarias. La respuesta que da la referida sentencia es muy clara, ya que se basa en el artículo 23 del Convenio bilateral, en el que como se ha observado anteriormente, se establece que la distribución de la prestación se hará “por partes iguales”. En el supuesto de hecho que nos ocupa, ya que no ha habido disolución del vínculo matrimonial antes del fallecimiento del causante, la pensión de viudedad se deberá repartir en partes iguales entre ambas esposas, al estar las dos casadas simultáneamente con el causante de la prestación.

En suma, las conclusiones a las que ha llegado el Tribunal en relación con las cuestiones de interés casacional son las siguientes:

- a) El hecho de que exista una situación de poligamia, en este caso, de un súbdito marroquí, no es óbice por razones de orden público, para que se genere el derecho a una pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado, a favor de todas las esposas que estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de la prestación con cargo a España, siempre que también lo estuvieran de acuerdo con su ley personal
- b) El artículo 23 del Convenio bilateral sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979, permite, de acuerdo con la posición jerárquica que ostenta en nuestro ordenamiento jurídico, adoptar las interpretaciones necesarias para que se reconozca la condición de beneficiaria de la pensión de viudedad a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de bigamia, con el causante, y que fuesen beneficiarias de la pensión según la propia legislación marroquí.
- c) El importe de la pensión se debe calcular repartiendo el montante de la pensión de viudedad que le correspondería al causante entre todas las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con él, que en el caso que nos ocupa, son dos.

A raíz de estas conclusiones, el Tribunal falló haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la segunda esposa, anular la sentencia precedente, habiendo apreciado la vulneración que había hecho la Administración del principio de igualdad, al no haber constatado la condición de beneficiaria de la pensión a la segunda esposa, ya que según la propia legislación marroquí, sí que lo era, con efectos retroactivos y económicos desde el primer día del mes siguiente a su fallecimiento. Es por todo ello, por lo que tiene derecho a cobrar de todos los haberes dejados de percibir desde dicha fecha, más los intereses legales correspondientes que procedan desde la presentación de la solicitud hasta que se haga efectivo su pago.

Pero, aunque se haya llegado a ese fallo, hay que advertir, que dicha STS 24 de enero 2018 cuenta con un voto particular. Con respecto a las discrepancias que se observan en dicho voto particular, hay que decir que se comparte la mayoría de los fundamentos jurídicos, que la disparidad sólo es en cuanto al fondo de la resolución.

En el fallo de la STS, se aplica el artículo 23 del Convenio entre España y Marruecos de Seguridad Social, que, como se ha mencionado anteriormente, admite el supuesto de un matrimonio polígamo y prevé que la pensión de viudedad se reparte en partes iguales entre las viudas que sean beneficiarias de acuerdo a la legislación marroquí.

La discrepancia, en este caso, se basaría en que el precepto legal se refiere a un Convenio que habla de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, mientras que en el supuesto fáctico se está hablando de las prestaciones que se generan de acuerdo al régimen de las Clases Pasivas del Estado, por lo que se debería de haber hecho una interpretación restrictiva del Convenio bilateral en relación con el art. 38 del RD Legislativo 670/87.

Lo que se ha hecho en la sentencia es reconocer el derecho a percibir una pensión de viudedad que, si se hubiera seguido fielmente la legislación, sólo se puede reconocer en España a quien hubiera estado casado conforme a la legislación española, por lo que, por propia definición, no se podría haber aplicado este supuesto en los autos que nos ocupan, puesto que en el ordenamiento jurídico español, la poligamia está vetada, y en consecuencia, presupone un delito por ser contraria al orden público y al sistema de valores fundamentales que protege el Estado español.

Hay que advertir que el sector mayoritario de la jurisprudencia se decanta por el reparto de la pensión de viudedad en partes iguales entre todas las viudas beneficiarias en el momento de la muerte del causante. Un ejemplo claro de esto serían la STJS de Galicia de 2 Abril 2002 o la STSJ de Andalucía de 18 de junio de 2015, las cuales comentaremos más adelante²⁹.

²⁹Iriarte Ángel, Jose L: *El matrimonio poligámico....* cit. p 640.

IV. CONCLUSIONES

1. En primer lugar, dentro de los efectos jurídicos que pueden derivarse de los matrimonios polígamos, hay que distinguir por un lado, entre los efectos nucleares, que son los que son contrarios al orden público y, por otro lado, los efectos periféricos, que son los que su práctica no es contraria a los principios jurídicos que protege el orden público internacional español.

Estos efectos periféricos no son contrarios al orden público internacional, por lo que no habría que tener problema para aceptar la validez en nuestro ordenamiento jurídico, como en este caso, es la pensión de viudedad, donde el no aceptar los efectos que puedan producir estos matrimonios perjudica en muchos casos a los particulares que han contraído matrimonio de forma legal en sus países de origen. El hecho de reconocer estos efectos en nuestro ordenamiento es lo que hace el orden público internacional atenuado.

2. Hay que matizar este aspecto, ya que el reconocer este tipo de efectos no supone ningún perjuicio a ninguna de las partes, pero hay que tener especial precaución con esto, puesto que si empezamos a reconocer efectos de los matrimonios polígamos tomando como referencia Convenios internacionales o aplicando la ley extranjera con prioridad sobre la nacional, al final vamos a acabar reconociendo la poligamia en nuestro ordenamiento jurídico, hecho que está considerado delito en el Estado español. Es por ello, que hay que ir con cautela a la hora de reconocer este tipo de efectos atenuados, siempre intentando no vulnerar los principios en los que se basa el ordenamiento jurídico.
3. Volviendo al derecho a obtener una pensión de viudedad por parte de las beneficiarias del causante polígamo, no hay una normativa todavía clara por parte del TS, por lo que se ha abordado el tema de tres posturas diferentes.
 - a. La primera de ellas reconoce la pensión solamente y de manera íntegra a la primera esposa del causante. Es una postura rechazable a mi modo de ver, dado que se produce una situación que atenta contra el principio de igualdad y perjudica a la segunda o ulteriores esposas, dado que en su país de origen sí que son matrimonios legales y en el Estado español carecen de efectos, situación que las deja en una desigualdad jurídica.

- b. La segunda postura reconoce el derecho a percibir una pensión de viudedad a todas las esposas del matrimonio, pero determinando la cuantía en función del tiempo de convivencia con el causante, siendo mayor la pensión de la esposa que ha convivido más tiempo. En esta postura también encontramos una situación de desigualdad entre las diferentes esposas, quedando la que menor tiempo ha convivido con él desamparada, dado que puede que lo que cobre no le sea suficiente para cubrir sus necesidades. Asimismo, considero que el tiempo de convivencia no se puede considerar como un baremo adecuado para medir el montante de la prestación.
 - c. Por último, y la postura que considero correcta y equitativa es la que reconoce la pensión de viudedad a todas las esposas por igual, que es la que ahora mismo reconoce la mayoría de la jurisprudencia. En este sentido, el principio de seguridad jurídica queda garantizado con respecto al hecho de poder percibir una pensión de viudedad, que quedaría unido al hecho de que se genera una igualdad entre todas las esposas, que reciben de manera proporcional la prestación de viudedad.
4. El reconocimiento de la pensión de viudedad se haría a través de lo que hemos mencionado anteriormente, el orden público internacional atenuado, que reconoce este tipo de efectos periféricos en el ordenamiento jurídico español, pero con límites, ya que sino sería un descontrol.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTA

- Giménez Barbat, T. (2007). La legalización de la poligamia. *Claves de la razón práctica*, (173).
- Iriarte Ángel, J. (2012). El matrimonio poligámico en la jurisprudencia y la práctica españolas. In: J. Iglesias Buhigues, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea*. Valencia.
- Navarro-Valls, R. (2018). Poligamia y orden público. *El Mundo*, 06 febrero 2018.
- Wright, R. (2010). *Moral Animal*. Vintage.

2. LEGISLACIÓN

- Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 Diciembre 1948, 217 A(III), disponible en esta dirección: <http://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html> [Accesado el 15 Abril 2018].
- BOE (1977). *Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York.
- BOE (1979). *Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Roma.
- BOE (1979). *Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8 de noviembre de 1979*. Madrid.

3. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003. Sala de lo Social.AS 2003/3049.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 4º), Sentencia núm. 738/2003 de 26 de diciembre de 2004.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4º), Sentencia núm. 342/2005, de 31 de mayo de 2005.
- Juzgado de lo Social de La Coruña. Sentencia de 13 de julio de 1998.
- Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002.
- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga. Sentencia núm. 159/2003 de 30 de enero de 2003.

- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga. Sentencia núm. 1036/2015 de 18 de junio de 2015.
- Tribunal Supremo (Sección 4º) 24 de enero de 2018. Sentencia núm. 84/2018.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 4 de julio de 2011.