

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 1071/2017 de 29
Dic. 2017, Rec. 696/2016**

Ponente: Virolés Piñol, Rosa María.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 696/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1071/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

En Madrid, a 29 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de D. Celso contra la sentencia dictada el 29 de diciembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Coruña en recurso de suplicación nº 4950/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra , en autos nº 667/2009, seguidos a instancias de D. Celso contra el Instituto Social de la Marina sobre jubilación.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Instituto Social de la Marina representado y asistido por el letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha uno de septiembre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

«Que, estimando parcialmente la demanda presentada por D. Celso contra el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, debo declarar y declaro que el porcentaje (prorrata temporis) a cargo de España de la pensión de jubilación del demandante es del 42,26 %, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y al abono de la pensión en el porcentaje indicado con efectos económicos del 15 de octubre de 2008, con desestimación de las restantes pretensiones de la parte actora.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

« **PRIMERO.-** El demandante D. Celso , con DNI NUM000 , nacido el NUM001 de 1949, afiliado a la Seguridad Social con el nº NUM002 , solicitó las prestaciones de jubilación en fecha 7 de junio

de 2007. En Resolución de fecha 13 de agosto de 2007 el Instituto Social de la Marina le reconoció las prestaciones de jubilación en los términos siguientes: base reguladora de 724,62 €, COE aplicado de 7 años, porcentaje del 100% y prorrata temporis a cargo de España de 21,75%, con efectos del 7 de junio de 2007.

SEGUNDO.- El demandante acredita 2.779 días cotizados en España y 11.008 días cotizados en Holanda.

TERCERO.- Los períodos de cotización acreditados a la Seguridad Social española son los siguientes:

Régimen Empresa Período Días

REM

REM

REM

REM

REM

REM

REM

REM

Agrario

Agrario

REM

C. P. Cambados

MMN

MMN

MPB

C.P. Villanueva

Naviera Eco

C.P. Villanueva

C. P. Villanueva

Cuenta ajena

Cuenta propia

Prest. desempleo

01/06/1963 a 31/08/1963

01/09/1963 a 31/10/1963

01/04/1964 a 30/09/1964

01/05/1965 a 31/05/1965

01/10/1965 a 31/12/1965

09/05/1966 a 21/01/1967

01/10/1967 a 30/11/1967

01/10/1968 a 31/12/1968

01/01/1971 a 30/07/1965

01/08/1975 a 30/11/1976

15/07/2005 a 06/06/2007

92

61

183

31

92

258

61

92

1672

488

692

CUARTO.- Los períodos de cotización a la Seguridad Social holandesa son los siguientes:

- Del 22 de septiembre de 1971 al 26 de noviembre de 1973
- Del 24 de junio de 1976 al 30 de noviembre de 1976
- Del 1 de enero de 1977 al 3 de julio de 1977
- Del 27 de octubre de 1977 al 28 de noviembre de 1978
- Del 31 de marzo de 1979 al 14 de julio de 2005

QUINTO.- Los embarques del demandante tanto en buques españoles como en barcos de bandera holandesa son los que ha recogido la demandada en el informe de COES, que se tiene por reproducido debido a su extensión.

SEXTO.- Por Resolución de fecha 14 de abril de 2008 la entidad gestora revisó de oficio la pensión de jubilación del demandante en cuanto a la base reguladora, que quedó fijada en 770,22 €. En fecha 15 de enero de 2009 el demandante presentó solicitud de revisión de la pensión de jubilación reconocida, solicitud que reiteró el 17 de abril de 2009. En Resolución de fecha 29 de junio de 2009 la entidad gestora estimó parcialmente la revisión interesada y modificó la prorrata temporis del 21,75 % al 22,23 %, con desestimación de las restantes peticiones.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, ambas partes formularon respectivos recursos de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Coruña, dictó sentencia en fecha 29 de diciembre de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Estimando en parte el recurso de suplicación articulado por D. Cándido Sanisidro López en la representación que ostenta de D. Celso frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, dictada con fecha 1/09/2014 en autos nº 667/2009 sobre jubilación, instados por el aquí recurrente contra el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, revocamos parcialmente la resolución "a quo" en el particular aspecto relativo a que el porcentaje de prorrata a cargo de España de la pensión de jubilación del demandante es del 45,08% condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, y declaramos que el COE es de 7,48 manteniendo en lo demás los pronunciamientos de la citada resolución de instancia. Y desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el letrado de la administración de la seguridad social en nombre y representación del INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Coruña, la representación procesal de D. Celso interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 21 de octubre de 2002, rcud. 276/2002.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de entender que el recurso debe ser estimado. Se señaló para la votación y fallo el día 14 de diciembre de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29-12-2015 (Rec. 4950/2014). Consta que por resolución de 13-8-2007, el ISM reconoció al actor prestaciones de jubilación en los términos siguientes: base reguladora de 724,62€, COE aplicado de 7 años, porcentaje del 100% y prorrata temporis a cargo de España de 21,75%, con efectos del 7-6-2007.

La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda del actor deducida frente al INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA (ISM), en reclamación de pensión de jubilación, y declaró que el porcentaje (prorrata temporis) a cargo de España es del 42,26%, con efectos económicos del 15-10-2008, con desestimación de las restantes pretensiones.

En suplicación se añaden datos fácticos relativos a los embarques del demandante que constan en sus libretas de navegación, tanto española como Holandesa; los salarios mínimos mensuales en los Países Bajos para los mayores de 23 años durante determinados periodos y el salario percibido por el actor en Holanda; y que tras su retorno a España el actor ha percibido prestación por desempleo de nivel contributivo entre el 15-7-2005 y el 14-7-2007, con una base de cotización, en el grupo 8 de 79,80 €/día. La sentencia estima en parte el recurso de suplicación articulado por el actor y, revoca parcialmente la anterior resolución en el particular aspecto relativo a que el porcentaje de prorrata a cargo de España es del 45,08% y declarando que el COE es de 7,48 manteniendo en lo demás los pronunciamientos. Y desestima el recurso de suplicación interpuesto por el ISM.

SEGUNDO.- 1.- Se interpone recurso de casación para unificación de doctrina por el beneficiario y tiene por objeto determinar la base reguladora de la prestación de jubilación de acuerdo con la fórmula de cálculo que ahora en casación propone: las bases medias durante el periodo trabajado en Holanda y las reales durante el periodo de prestación por desempleo, aunque lo cierto es que en el suplico del escrito de recurso postula que se declare su derecho "a percibir la prestación en la cuantía que corresponde obteniendo una base reguladora de la pensión de jubilación en España aplicando las bases de cotización medias durante el periodo trabajado en Holanda".

En lo que se cuestiona en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, es decir, respecto al cálculo de la base reguladora: solicitaba el actor se computara el equivalente a sus bases de cotización reales en Holanda, derivadas de los salarios percibidos y en relación al que le correspondería en España a un trabajador de su misma profesión y categoría (marinero, grupo de cotización 8), y como resultarían bases superiores al tope máximo de cotización vigente en España en cada momento, deberían ser tenidos en cuenta dichos topes máximos (esto es, las bases de cotización máximas durante el periodo 1-6-1992 a 14-7-2005 y las reales durante el periodo de prestación por desempleo, lo que supondría una base de 2.102,31 €); subsidiariamente, si se aplicaran las bases medias, la cantidad que estima sería superior (1.400,86 €), porque debería tenerse en cuenta que le correspondería el grupo de cotización 8.

Al respecto la sentencia de instancia basa su decisión en el hecho de que las últimas cotizaciones del trabajador en España antes de trasladarse a Holanda son cotizaciones al Régimen Especial Agrario por cuenta propia, por tanto, se trata de cotizaciones mensuales fijas, bases que han de

tomarse como bases medias al no existir bases máximas ni mínimas. Las bases tomadas por la Entidad Gestora se consideran correctas. El pronunciamiento de instancia se confirma por la Sala de suplicación, con apoyo en la doctrina contenida en la sentencia de este Tribunal Supremo/IV de 30-septiembre-2008 (rcud. 1044/2007).

2.- Por el recurrente se designa como sentencia de contraste la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo de 21-octubre-2002 (rcud. 276/2002).

En este caso al trabajador le reconoció el ISM una pensión de jubilación con efectos iniciales 21-6-1996, sobre una base reguladora de 766 ptas./mes (calculada sobre bases mínimas o remotas), a la que aplicó el porcentaje 100 y prorratea a cargo de España del 31,21%. Dicho trabajador, que estuvo afiliado al Régimen Especial del Mar de la Seguridad Social, había cotizado en España durante 3.986 días, comprendidos entre el 26-6-1947 y el 20-6-1960; además, cotizó en Holanda un total de 10.446 días, comprendidos en diferentes períodos entre el 1-11-1963 y el 19-6-1996.

Se solicitaba judicialmente que la base reguladora -en lo relativo al periodo cotizado en Holanda- se calculara sobre bases máximas (198.741 ptas.) o, subsidiariamente, sobre bases medias (130.104 ptas.), así como mayor prorratea y distinta fecha de efectos. El Juzgado estimó la fijación de la base reguladora conforme a bases medias, rechazando lo demás. En suplicación se estimó el recurso del ISM y en parte el de la actora, para revocar la resolución combatida y, en su lugar, desestimar la demanda, excepto en cuanto a declarar que, a efectos de prorratea con cargo a España, debían incluirse todas las cotizaciones ficticias contempladas en nuestra legislación.

Ante este Tribunal Supremo, en lo que interesa, se solicitaba el cálculo de la base reguladora teniendo en cuenta los salarios percibidos en Holanda, y ello por las bases máximas de cotización vigentes en España y, subsidiariamente, las bases medias de cotización. Y la Sala remite a lo decidido en pronunciamientos anteriores, considerando que resultan aplicables las bases medias.

3.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010.

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, R. 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011.

Entre las sentencias comparadas ha de apreciarse la existencia de contradicción al estimar que concurren las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, a saber:

En lo que respecta a los periodos trabajados por el actor en Holanda (respecto del periodo de desempleo la sentencia de contraste no contiene doctrina):

Respecto a los hechos, en ambos casos se trata de trabajadores que prestaron servicios en España y en Holanda, y llevaron a cabo actividades sujetas al Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

Respecto a las pretensiones: En ambos casos solicitan la pensión de jubilación con cargo a España, habiendo fijado el ISM como base reguladora la calculada en atención a las bases remotas (que en el caso de la sentencia recurrida, aunque el trabajador cotizó con anterioridad al REM, ha supuesto al toma en consideración de cotizaciones efectuadas al Régimen Especial Agrario por ser las últimas efectuadas en España). Los actores solicitan la aplicación de bases máximas y, subsidiariamente, medias.

Y respecto a los fundamentos: En ambos casos se aborda la aplicación del Convenio Bilateral entre España y Holanda y de Reglamentos comunitarios.

No obstante tales identidades, los pronunciamientos alcanzados son distintos, pues mientras en la sentencia de contraste se toman en consideración bases medias; en la sentencia recurrida (pese a citar la misma doctrina), mantiene el pronunciamiento de instancia, que acogió bases remotas.

Superado el requisito de la contradicción, procede el examen de los motivos de censura jurídica.

TERCERO.- 1.- Se formula un motivo único de censura jurídica, en el que se denuncia la infracción por no aplicación de los arts. 162.1 y 140.1 de la Ley General de la Seguridad Social, por aplicación errónea del art. 47.1.g) del entonces vigente Reglamento C.E. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre, por el que se modifica y actualiza el Reglamento C.E.E. 1408/71, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los familiares que se desplacen dentro de la Comunidad, en relación con el art. 45, apartados 1 y 2 del mismo Reglamento C.E., y de los arts. 23.3 y 24.1.b) del Convenio y Protocolo Anejo de 5 de febrero de 1974 sobre Seguridad Social suscrito entre España y Holanda, así como de la jurisprudencia aplicable al caso.

Entiende el recurrente que conforme al art. 24.1.b) del Convenio Bilateral entre España y Holanda de 5 de febrero de 1974 que señala que: "... dicha institución determinará, en primer lugar, la cuantía de la prestación que correspondería al interesado si todos los periodos de seguro, totalizados de acuerdo con la norma a que se refiere el artículo anterior, se hubieran cumplido, exclusivamente, bajo su propia legislación; sobre la base de dicho importe, la Institución fijará la cuantía debida, a prorrata...".

Asimismo entiende que dicho precepto faculta para computar los salarios percibidos por el trabajador en el otro Estado, y por los que ha cotizado al correspondiente sistema de Seguridad Social, trasladando los mismos a España para el cálculo de la base reguladora y, dado que habrán de considerarse cumplidos de acuerdo con la legislación española en el Régimen Especial del Mar, procede la aplicación de los topes mínimos y máximos para la obtención de las bases de cotización computables. No obstante ello, la sentencia recurrida, aplica para el periodo bases fijas y bases mínimas vigentes en España en el Régimen Especial Agrario por cuenta propia, al entender que de la profesión del actor en España antes de su emigración era la de agricultor y a este Régimen Especial ha de estarse; razonamiento que no comparte el recurrente, por estimar que estimando el recurso, procede calcular la base reguladora de la pensión del actor teniendo en cuenta las bases medias durante el periodo trabajado en Holanda y las bases reales durante el periodo de Prestación por Desempleo contributivo en España. Concluye interesando se declare el derecho del recurrente a percibir la prestación en la cuantía que corresponde obteniendo una base reguladora de la Pensión de Jubilación en España, aplicando las bases de cotización medias durante el periodo trabajado en Holanda.

2.- De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, ha de estimarse que la buena doctrina ha de estimarse que se contiene en la sentencia aportada de contraste dictada por esta Sala IV/TS de 21-10-2002 (rcud. 276/2002), que con cita de la STS/IV de 28-05-2002 señala que:

*" Argumenta la parte recurrente en apoyo de su pretensión que el Convenio bilateral de Seguridad Social entre España y los Países Bajos de 5 de febrero de 1974 es de aplicación al caso, y que el art. 24.1.b. de este acuerdo internacional ordena la consideración de las cotizaciones acumuladas por el actor en Holanda (con el tope de las bases máximas españolas) en el cálculo de la base reguladora de la pensión española. Pero este segundo paso del argumento no se puede ni se debe dar. Lo que dice el precepto citado es que la institución que conceda la pensión española ha de calcularla como si los meses de cotización en Holanda "se hubieran cumplido exclusivamente bajo su propia legislación". No hay en este enunciado mandato de integración o incorporación de las cotizaciones holandesas al cálculo de la pensión española. Sí hay en cambio una remisión genérica al ordenamiento español de la Seguridad Social, en el cual, de acuerdo con jurisprudencia consolidada, las cotizaciones teóricas incorporadas a la base reguladora de las pensiones españolas han de referirse a las cotizaciones medias, y no a las cotizaciones mínimas o a las cotizaciones máximas, de un asegurado que trabaja en España. Esta línea jurisprudencial se inicia en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1993, siendo seguida luego por otras de 3 y 18 de mayo de 1994; 9 de octubre de 1995; 14 de noviembre de 1995; 12 de febrero de 1997; 10, 12, 15 y 16 de marzo de 1999; 17 de diciembre de 1998; 30 de septiembre de 1999; y 7 de diciembre de 1999". En dicha sentencia, se estima la petición subsidiaria en la que se pretendía que la base reguladora se obtuviera teniendo en cuenta las **bases medias de cotización**.*

3.- La cuestión litigiosa ha sido recientemente examinada por esta Sala IV/ TS de 24-octubre-2017 (rcud. 3006/2015), en la que se señalaba lo siguiente:

"La cuestión a resolver es la del criterio de aplicación de la base de cómputo, real o media, en el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de un trabajador del mar que prestó servicios en España entre 1959 y 1971, y en Bélgica entre 1972 y 1998. El actor, sostiene la aplicación de la fórmula de "bases medias" . En su argumentación el recurrente emplea el término actualización en forma que podía resultar equívoca. El objeto de su impugnación de la sentencia no se dirige a la actualización periódica de la pensión (revalorización) sino a que la base de cómputo de la base reguladora no se constituya con bases remotas, en terminología contrapuesta a la de bases medias.

En el análisis de la contradicción se ha hecho mención de lo que la sentencia de contraste considera como soporte de su doctrina, la jurisprudencia elaborada en torno a la aplicación, en situaciones como la presente, de los convenios bilaterales alemán y holandés, dispares en su redacción respecto al Convenio Bilateral hispano-belga. Esa es la razón de que exista abundante doctrina en pro de la aplicación de los convenios alemán y holandés debido a que ofrecen un tratamiento mas favorable para el trabajador inmigrante al remitir a la legislación del otro Estado en forma tal que faculta para la aplicación de las bases medias, en tanto que en los supuestos analizados hasta la fecha los interesados han pretendido la aplicación de las bases medias con apoyo en los Reglamentos Comunitarios sin invocar la aplicación del Convenio Hispano-Belga, razón por la que no existe aún soporte jurisprudencial acerca de la cuestión a diferencia de lo que sucede con los citados Convenios Bilaterales.

En cuanto a la posibilidad de obtener interpretación de los Reglamentos comunitarios favorable a las bases medias en el caso del actor, es persistente la doctrina de esta Sala en sentido opuesto. Así, cabe citar la STS de 30-9-1999 (rcud. 4300/1998), cuyos razonamientos en parte reproducimos a continuación:

«SEGUNDO.- 1. El fundamento último de las normas comunitarias sobre seguridad social hay que buscarlo en el originario Tratado de Roma, artículo 48: principio de libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad, hoy Unión Europea; y artículo 51: mandato al Consejo para que por unanimidad, y a propuesta de la Comisión, adopte en seguridad social las "medidas necesarias" que exija la libertad de circulación de los trabajadores, y en particular configure un "sistema" que permita garantizar a los migrantes y a sus causahabientes la acumulación de periodos de seguro cumplidos en diversos países, así como la percepción de las prestaciones causadas en el país de residencia.

El encargo conferido por el Tratado plasmó en el Reglamento 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Existe además el Reglamento 574/72, del Consejo, de 21 de marzo de 1972, complementario del anterior en aspectos preponderantemente instrumentales o procedimentales. Se trata, en ambos casos, de unas reglas que no tienden a la armonización pues las legislaciones nacionales se respetan, sino a su coordinación en materia de seguridad social. A los fines de este contencioso, importa la primera norma: Reglamento 1408/71, que por cierto ha sufrido a lo largo del tiempo modificaciones varias. A los fines del presente litigio hay que reparar en dos textos: el de 1983, con adiciones introducidas cuando la incorporación española en 1986; y el de 1992.

2. La versión recién aludida del Reglamento 1408/71 ha sido modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) nº 2001/83, del Consejo, de 2 de junio de 1983. Las pensiones de vejez se contemplan en los artículos 44 al 47. Con la particularidad de que el artículo 47.1, se vio añadir el apartado e) mediante el Acta de Adhesión de España y Portugal, con efectos desde 1 de enero de 1986, según Anexo I de la misma, apartado VIII (política social).

El artículo 46 se ocupa de la "liquidación de prestaciones", o lo que es igual, según nuestra terminología, reconocimiento y cálculo de la pensión de vejez. Simplificando su contenido, caben dos actuaciones básicas:

1ª.- El país competente, que suele ser el de residencia última, afronta la situación de vejez a la luz de su exclusiva legislación y con computo único de lo en él cotizado: si el interesado dispone de cotización suficiente, puede reconocerse lo que se ha dado en llamar "pensión nacional", con cargo a la seguridad social del país de que se trate.

2ª.- El país de residencia tiene en cuenta lo cotizado en el mismo y en otro u otros Estados diferentes: si con la suma o acumulación de periodos se llega a la carencia mínima exigible, calcúlase lo que ahora se llama "pensión teórica", de cuyo importe solo asumirá, ese país, la parte que le corresponda por razón del tiempo en él cotizado (pro rata temporis).

La documentación unida muestra, como dijimos antes, que Bélgica ha reconocido una pensión de vejez, sin repercusión directa en la presente discusión.

El artículo 47 , también sobre liquidación de pensiones, según su rubrica, ofrece una norma complementaria para el cálculo de la aludida pensión teórica. En realidad, se trata de un intento, por lo demás arriesgado, de considerar separadamente los muy diferenciados sistemas nacionales, aun sin mención explícita de cada uno, para ofrecer, respecto de ellos, un cierto modus operandi que facilite el cálculo de la pensión. Pues bien, la única regla que debe recordarse aquí es la contenida en el apartado e), el cual, como quedó advertido, se introdujo con ocasión de nuestra adhesión a la Comunidad en 1986, y que en consecuencia suele tenerse, de manea casi unánime, como destinada a España. El nuevo texto reglamentario es del siguiente tenor: "Artículo 41.1. Para el cálculo de la pensión teórica se aplicarán las reglas siguientes: (...) e) la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe sobre una base de cotización media, determinará dicha base en función únicamente de los periodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación de dicho Estado ".

3. Con posterioridad, aparece el Reglamento (CEE) nº 1248/92, del Consejo, de 30 de abril de 1992, por el que se modifica y actualiza el Reglamento de 1971. El texto transcrito, artículo 47.1.e), aparece inalterado, aunque pasó a ser el apartado g). Lo importante, sin embargo, es el complemento que introduce el Reglamento de 1992 en su Anexo VI, cuya letra D, expresamente destinada a España, posee un número 4, que dice así:

"a) En aplicación del artículo 47 del Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la seguridad social española .

b) La cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones para cada año posterior y hasta el año anterior al hecho causante, para las pensiones de la misma naturaleza".

4. La aplicación de esta normativa comunitaria ha propiciado la utilización de criterios varios. En un primer momento, se tuvo como periodo de referencia los ocho años anteriores al hecho causante, establecido por la Ley 26/1985, de 31 de julio, artículo 3. Y dentro de los mismos, el INSS estuvo a la "base mínima de entre las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años", (citado artículo 3º); se argüía por el ente gestor que durante esos años, no ha "existido obligación de cotizar" para el asegurado, que por hipótesis se encontraba en el extranjero. En la jurisprudencia de este Tribunal, sin embargo, predominó la idea de que había de estarse a las "bases medias", entendiendo por tales la media aritmética entre el tope máximo y el tope mínimo que, en las tarifas anuales de cotización, correspondía al grupo o categoría profesional del interesado. No se aceptó, por tanto, las peticiones encaminadas a calcular la pensión sobre las "bases máximas" o tope máximo del correspondiente grupo o categoría; y menos, las que postulaban la directa utilización de los salarios realmente percibidos en otro estado europeo.

Más tarde, tras la promulgación del Reglamento de 1992, y a la vista del tenor ofrecido por el Anexo VI, la entidad gestora ha preferido, por lo común, estar a las bases de cotización por las que realmente cotizó en España, sin perjuicio de mejorar o revalorizar la pensión así obtenida, como ha ocurrido en el caso que nos ocupa. Esta Sala, por su lado, y visto el tenor del mencionado anexo VI, dictó auto de 17 de marzo de 1997, mediante el que planteaba al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una cuestión prejudicial, cabalmente sobre la validez del texto novísimo y el posible quebranto de lo dispuesto en el Tratado, artículos 48 y 51. La respuesta procurada por el tribunal luxemburgués va a ser decisiva para la solución del presente contencioso. TERCERO.- 1. Como se dijo antes, esta Sala, en un litigio donde ya era de aplicación, por razones temporales, la versión reglamentaria de 1992, acordó, mediante Auto de 17 de marzo de 1997, plantear ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una cuestión prejudicial, cuyos términos conviene reproducir:

A) Si debe considerarse contrario a los artículos 48 y 51 del Tratado de la Comunidad Europea el sistema de cálculo establecido en el Anexo VI.D.4 del Reglamento 1408/1971 en la redacción del Reglamento 1248/1992, sistema según el cual la pensión teórica española se determina de acuerdo con las bases por las que el trabajador cotizó durante el periodo de cómputo inmediatamente anterior al pago de la última cotización a la Seguridad Social española con revalorización de la pensión teórica resultante en los mismos términos que, de acuerdo con la legislación nacional española, lo hubiere sido una pensión causada en el momento en que se abonó la última cotización en España, y

B) Si, para garantizar la igualdad de trato del trabajador migrante en materia de Seguridad Social, la base reguladora de la pensión española debe calcularse a partir de las bases por las que el trabajador migrante hubiera cotizado de haber permanecido en España durante el periodo de cómputo anterior al hecho causante que con carácter general establece la legislación española.

2. El TJCE, en su sentencia de 17 de diciembre de 1998 (caso Grajera) emitió fallo del siguiente tenor: "El examen de las cuestiones prejudiciales no ha revelado la existencia de elementos que puedan afectar a la validez de lo dispuesto en el punto 4 de la letra D del Anexo VI del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1.971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) nº 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1.983, tal como fue adaptado por la Parte VIII del Anexo I del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados, y posteriormente modificado por el Reglamento (CEE) nº 1248/92 del Consejo, de 30 de abril de 1992".

3. Conocida la respuesta del Tribunal Luxemburgués, este Tribunal Supremo mediante sentencia de 9 de marzo de 1999 (recurso 2062/96), acordada en Sala General, estableció, en el tema que nos ocupa, doctrina que cabe resumir como sigue:

a) El reglamento 1248/92, Anexo VI, apartado D) establece, como queda visto, que la pensión teórica española propia de la situación de vejez se calcula sobre las bases reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la seguridad social española, sin perjuicio de que la pensión así obtenida se incremente con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones acordadas para cada año posterior en las pensiones de la misma naturaleza. Esta norma reglamentaria, por un lado, es perfectamente válida y no contradice los principios fundamentales en que se asienta el Tratado de Roma o Acuerdos posteriores; y por otro lado excluye el sistema utilizado por la jurisprudencia, según el cual cabía hallar la pensión por referencia a unas bases medias, en el sentido explicado más arriba.

b) Lo dicho en el apartado precedente no constituye una solución cerrada y obstaculizadora de otras diferentes. En particular, todavía a la luz de los preceptos comunitarios, cabría introducir criterios alternativos de actualización; pero ello es algo que no puede hacer la Sala, por su propio oficio, atendido el carácter extraordinario de la casación, sino que está necesitado de una actividad de la parte, a cuyo cargo se pone la alegación y prueba de los datos necesarios para concluir la inadecuación del procedimiento seguido por el Instituto así como para evidenciar la procedencia de un cálculo revalorizador diferente.

c) Es posible, además, y al margen de las normas comunitarias, aplicar un Convenio bilateral de seguridad social, suscrito entre España y el país de que se trate, si del mismo deriva un trato más favorable para el asegurado, el cual habría de serle respetado incluso tras nuestra adhesión a la comunidad, hoy Unión europea. En este sentido, la citada sentencia de 17 de diciembre de 1998 (caso Grajera), perfila el criterio que ya aparecía en la de 7 de febrero de 1992 (caso Rönfeld) y de 9 de noviembre de 1995 (caso Thévenon), todas del TJCE.

CUARTO.- A la vista de lo anterior, el recurso del Instituto tiene que ser estimado. Es fundado el argumento de que el Reglamento 1248/92, artículo 47, en relación con el Anexo VI, apartado d), quedaron quebrantados por la sentencia recurrida, en cuanto, accediendo a la suplicación entablada por el trabajador, le otorgó pensión sobre bases medias. Sin que se cuente con dato alguno que pueda neutralizar esa conclusión, ya que: primero, el actor en ningún momento ha propuesto un sistema, mecanismo o procedimiento de actualización, diferente y mas beneficioso que el utilizado por el ente gestor; y segundo, porque no se ha amparado en ningún Convenio bilateral de Seguridad Social, en el caso, el suscrito con Bélgica. Sino que simplemente reclama la utilización de unas bases modernas, referidas a las propias del régimen especial de la minería del carbón, o subsidiariamente a las aplicables con carácter general a los demás trabajadores.»

La anterior doctrina consigna el pilar básico en la aplicación del Derecho interno español de los Reglamentos Comunitarios en favor de las bases remotas con una salvedad, el trato más favorable del Tratado Bilateral que pudiera ser de aplicación, en este caso el resuelto por España y Bélgica al que estuvo sujeta la relación laboral del actor durante los períodos descritos en el relato histórico. Resta por tanto analizar el texto del artículo 19 del citado Convenio para resolver acerca de la pretensión de trato más favorable, siendo tenor literal del precepto el siguiente:

«Si de acuerdo con la legislación de uno de los dos países contratantes, para la liquidación de las prestaciones, se tiene en cuenta el salario medio de todo el período de seguro o de una parte de dicho periodo, el salario medio tomado en consideración para calcular las prestaciones a cargo de tal país se determinará según los salarios comprobados durante el período de seguro cumplido en dicho País».

No son coincidentes en la totalidad de sus términos el precepto reproducido y el artículo 241 b) del Convenio suscrito con los Países Bajos que reiteradamente ha venido considerando más favorable y que razona así:

«ordena que la institución que conceda la pensión española ha de calcularla como si los meses de cotización en Holanda "se hubieran cumplido exclusivamente bajo su propia legislación.»

Sin embargo la lectura del artículo 19 del Convenio Hispano-Belga remite a la posibilidad de que en uno de los países se tenga en cuenta el salario medio, el salario medio que deberá tomarse en consideración se determinará según los salarios comprobados durante el período cumplido en dicho país.

En resumen el Convenio remite a las "bases medias" cumplidas con arreglo al período designado del país que acoge ese sistema de cómputo.

Esta solución no contradice lo resuelto en anteriores sentencias de esta Sala, como la ya citada de 28-9-1999 (Rcud. 4300/1998) y la fechada el 19-12-2003 (Rcud 2121/2003) en las que el beneficiario no invocó la aplicación del convenio suscrito entre España y Bélgica, resolviendo la cuestión con base exclusivamente en los Reglamentos comunitarios."

4.- Doctrina de aplicación al supuesto ahora enjuiciado, en que en todo momento se ha pretendido la aplicación del convenio bilateral entre España y Holanda, y llegada la Sala a la conclusión conforme a la doctrina expuesta de su **sentido más favorable, de cómputo de bases medias de cotización correspondientes a la categoría del trabajador en España** , es por lo que, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso en el sentido expuesto, sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

Estimar en parte el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de DON Celso , contra la sentencia dictada en fecha 29 de diciembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación nº 4950/2014. Casar y anular en parte la sentencia recurrida, en el sentido de reconocer al recurrente el derecho a que se le calcule la pensión de jubilación aplicando las bases medias de cotización correspondientes a la categoría del trabajador en España, confirmando la sentencia recurrida en los extremos no discutidos. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D.^a Rosa María Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.