

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 82/2018 de 1 Feb. 2018, Rec. 3062/2016

Ponente: Blasco Pellicer, Ángel Antonio.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3062/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 82/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 1 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Social de la Marina, representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 8 de mayo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 858/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago de Compostela, de fecha 8 de septiembre de 2014 , recaída en autos núm. 1499/2010, seguidos a instancia de D^a. María Virtudes (Sucesora Procesal de D. Leopoldo), contra Instituto Social de la Marina, sobre Pensión.

Ha sido parte recurrida D^a. María Virtudes (Sucesora Procesal de D. Leopoldo), representada y asistida por el letrado D. Cándido Sanisidro López.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de septiembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«Primero.- El demandante, nacido el NUM000 /1944, ha trabajado en España de forma discontinua, acreditando cotizaciones al Régimen Especial del Mar, durante el periodo comprendido entre los años 1961 y 1963 por un total de 522 días. Asimismo, acredita periodos de seguro como trabajador del Régimen General durante los años 1966 y 1974 por un total de 2.206 días.

Segundo.- A continuación prestó servicios en Bélgica a bordo de diversas embarcaciones con pabellón de ese país, por el periodo comprendido entre los años 1970 y 1996, acreditando un total de 10.050 días.

Tercero.- Hasta el 30/10/1999 percibe una prestación temporal a cargo de dicho Estado, percibiendo, a partir del 01/11/2009 - primer DÍA del mes siguiente al cumplimiento de los 65 años de edad la Pensión de Jubilación correspondiente al Sistema de Seguridad Social de Bélgica.

Cuarto.- El actor presentó solicitud de Pensión de Jubilación en España la cual ha sido tramitada al amparo de los Reglamentos Comunitarios y reconocida, entre otros, en los siguientes términos: base reguladora, 2709 €; porcentaje aplicable, 100%; pensión teórica, 27,09 €; prorrateo temporis, 25,27%; pensión básica, 6,85€ y fecha de efectos, 27/01/2010».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por don Leopoldo , siendo su sucesor procesal doña María Virtudes , y declarar que el actor tiene derecho a pensión de jubilación calculada con arreglo al REMAR y a cargo del ISM del 100% de la base reguladora de 1.476,59 euros, prorrateo temporis a cargo de España del 39,92% y fecha de efectos de 27 de enero de 2.010, desestimando la demandada en todos los demos pedimentos».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. María Virtudes (Sucesora Procesal de D. Leopoldo) ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 21 de junio de 2016 , en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D^a María Virtudes , sucesora procesal de D^a Leopoldo , contra la sentencia de fecha 8 de septiembre de 2014 dictada por el juzgado de lo social nº 2 de Santiago de Compostela en los autos nº 1499/2010 seguidos a instancias del actor y como sucesora procesal su esposa contra Instituto social de la marina la sobre Jubilación debemos declarar y declaramos que la base reguladora de la pensión de jubilación asciende a 1476,59 euros, y la fecha de efectos es la de 1/11/2009, condenando a la demandada a estar y pasar por eta declaración».

TERCERO.- Por la representación del Instituto Social de la Marina se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 25 de noviembre de 2008, recurso nº 5036/2005.

CUARTO.- Con fecha 23 de febrero de 2017 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado dicho traslado, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 15 de noviembre de 2017, suspendiéndose por necesidades del servicio y señalándose de nuevo para el 31 de enero de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión que plantea el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar cuál ha de ser el sistema de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación (Régimen Especial del Mar) de un trabajador migrante que tiene acreditadas cotizaciones en España y en Bélgica, al que le ha sido reconocida la prestación en aplicación de las normas sobre totalización de períodos de seguro y prorrateo de la prestación contenidas en los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social. En concreto se trata de dirimir si para la fijación de la base reguladora se han de tomar como referencia las «bases ficticias» o «bases medias» de un asegurado que hubiese trabajado en España - con la categoría profesional ostentada últimamente por el beneficiario en nuestro país - en el período previo al hecho causante de la prestación, en el

que el interesado prestó servicios en Bélgica, o las «bases reales» o «bases remotas» por las que cotizó en España antes de desvincularse, en el año 1974, de su sistema de Seguridad Social.

2. El problema ha sido resuelto de modo diferente por las sentencias comparadas. La resolución impugnada, dictada el 28 de julio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso 858/2015, considera que la base reguladora de la prestación concedida al actor con efectos de 27 de enero de 2010, es la que resulta de computar las «bases medias»; y ello, por entender que el Convenio bilateral Hispano-Belga de Seguridad Social consagra una forma de cálculo de la base reguladora más beneficiosa para el trabajador que desplaza la prevista en el Reglamento 1408/71/CEE. Por el contrario, la sentencia de contraste, de 25 de noviembre de 2008, emitida por la misma Sala gallega en el recurso 5306/2005, contemplando la reclamación de otro beneficiario de la pensión de jubilación del Régimen Especial de Trabajadores del Mar otorgada de conformidad con los Reglamentos Comunitarios con efectos de 31 de diciembre de 2002, que acreditaba 1731 días de cotización a la Seguridad Social española con posterioridad al 1 de agosto de 1963, y 11.123 días de cotización a la Seguridad Social belga entre 1970 y 2002, en periodos no superpuestos, rechazó su pretensión de que la base reguladora se calculara con arreglo a las bases medias de los años previos a la fecha de la jubilación, argumentando que el método postulado, más favorable para el asegurado, no se contempla en el Convenio de Seguridad Social firmado con Bélgica, lo que de acuerdo a lo dispuesto en Reglamento Comunitario 1408/1971 obliga a tener en cuenta las últimas cotizaciones reales realizadas en España.

3. De lo que acababa de exponerse se desprende, como indica el Ministerio Fiscal en su informe, que entre las sentencias comparadas concurre el presupuesto de la contradicción que exige el art. 219 de la LRJS para la viabilidad del recurso de casación de unificación de doctrina, pues conociendo de asuntos sustancialmente iguales en los que se debate el sistema de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación a cargo de la Seguridad Social española de trabajadores que después de haber prestado servicios y cotizado en España lo hicieron en Bélgica en el período inmediatamente anterior al hecho causante, las resoluciones contrastadas interpretan de forma diferente el Acuerdo de Seguridad Social entre ambos países, lo que les lleva a adoptar soluciones dispares.

SEGUNDO.- 1. Existente la contradicción, debe entrarse en el examen de la censura jurídica que formula la representación letrada del Instituto Social de la Marina a la sentencia impugnada, que se refiere de forma acumulativa a la interpretación errónea de los arts. 14 y 19 del Convenio hispano belga de Seguridad Social, y a la inaplicación de la letra a) del apartado D del Anexo VI del Reglamento Comunitario 1408/1971 , en la redacción dada por el Reglamento 1248/1992.

Esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones en relación a la normativa aplicable para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación de trabajadores que han prestado servicios en España y en países de la Unión Europea con los que nuestro país ha suscrito un Convenio de Seguridad Social, y ha afirmado que la regla de cálculo prevista en el Reglamento 1408/1971 debe ceder ante la establecida en el Acuerdo bilateral de que se trate si de la misma deriva un trato más favorable para el asegurado que el procurado por la normativa comunitaria, con la puntualización de que la fórmula más ventajosa ha de ser respetada incluso tras la adhesión de España a la UE.

No es preciso reiterar aquí los razonamientos que nos condujeron a sentar tal doctrina, cuya validez no ha sido cuestionada en este recurso, para lo que pueden consultarse especialmente las SSTS 15/09/2010 (rec. 43056/2009) y 31/01/2011, (rec. 714/2010). Atendiendo a la pauta establecida, en la sentencia de 25 de marzo de 2009 (rec. 1144/08) declaramos aplicable el Reglamento Comunitario después de verificar que el Convenio de Seguridad Social con Suecia de 4 de febrero de 1983 no contiene una norma más ventajosa para los asegurados. A conclusión contraria llegamos respecto de los Convenios de Seguridad Social suscritos con Alemania el 4 de diciembre de 1973 - SSTS 30-9-03 (rec. 4459/02) y 6-10-04 (rec. 3504/03); los Países Bajos el 5 de febrero de 1974 - SSTS 30/09/2008, (rec. 1044/07) y 29/09/09 (rec. 4519/07), entre las más modernas-; Gran Bretaña el 13 de septiembre de 1974 - STS 31/01/2011, rec. 714/2010 -; y

Francia el 31 octubre de 1974 - SSTS 20/04/2010 (rec. 1604/09) y 15/09/2010 (rec. 4056/2009), entre otras -, teniendo en cuenta que el sistema de cálculo de la base reguladora de la prestación estableciendo en los mismos era el de las bases medias de cotización, más beneficioso para los trabajadores.

Ese mismo criterio hemos aplicado en la sentencia de 27 de octubre de 2017 (rec. 3006/2015) en relación al Acuerdo de Seguridad Social entre España y Bélgica, de 28 de noviembre de 1956 (BOE 13/05/1958), revisado el 10 de octubre de 1967 (BOE 30/08/1969), apoyándonos en lo dispuesto en su art. 19, que interpretamos en el sentido de que *"remite a las «bases medias» cumplidas con arreglo al período designado del país que acoge ese sistema de cómputo"*, lo que nos llevó a declarar que la doctrina ajustada a derecho era la mantenida en la sentencia recurrida, que aplicó la teoría de las "bases medias". Sentencia en la que se advierte que es la primera vez que la Sala se pronuncia sobre el indicado Convenio, dado que en las sentencias de 28 de septiembre de 1999 (rec. 4300/1998) y 19 de diciembre de 2003 (rec. 2121/2003), los beneficiarios no invocaron el Acuerdo de Seguridad Social Hispano-Belga en orden a la fijación de la base reguladora, por lo que la controversia se resolvió con sustento exclusivamente en los Reglamentos comunitarios.

2. Sin embargo una meditada reconsideración de la cuestión nos lleva a una diferente solución a la misma, al igual que en el recurso núm. 2530/2015 deliberado en esta misma fecha. Ciertamente, la norma que constituye la clave para la decisión del litigio es el art. 19 del Acuerdo con Bélgica, pero entendemos, corrigiendo nuestra anterior doctrina, que dicho precepto no remite a las «bases medias» del período previo al hecho causante, sino a las «bases reales» o «bases remotas» cotizadas en España.

El punto de coincidencia con nuestro pronunciamiento precedente viene representado por la exclusión, siquiera en él sea tácita, como norma en la que fundamentar la decisión, del art. 14.4 del Convenio con Bélgica, según el cual cada organismo *"determinara el importe de la prestación a que el interesado tendría derecho si todos los períodos de seguro totalizados se hubiesen cumplido exclusivamente bajo su propia legislación y reducirá este importe a prorrata de la duración de los períodos cumplidos bajo dicha legislación"*, y de su pretendida similitud con el contenido del art. 24.1.b) del Convenio de Seguridad Social con los Países Bajos donde se indica que la correspondiente institución determinará *"la cuantía de la prestación que correspondería al interesado si todos los periodos de seguro, totalizados de acuerdo con las normas a que se refiere el artículo anterior, se hubieran cumplido, exclusivamente, bajo su propia legislación"*, en relación con la doctrina unificada recaída en torno a esta última disposición.

La razón para compartir la expresada premisa se encuentra en el contenido del art. 19 del Convenio bilateral con Bélgica que, bajo la rúbrica *"Disposición común a los seguros de enfermedad, maternidad, invalidez y vejez (muerte)"*, prescribe que: *"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 período, 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"*. Así sucede en nuestro país, en el que con arreglo a la legislación aplicable por razones cronológicas - art. 162.1 LGSS - la base reguladora de la pensión de jubilación se calcula a partir de las bases de cotización correspondientes a los 180 meses inmediatamente anteriores a aquél en que se produce el hecho causante, que están determinadas por los salarios reales. Así pues, existiendo una regla específica al respecto en el Convenio bilateral objeto de análisis, a ella hemos de estar careciendo de fundamento la pretensión de acudir a otros preceptos del mismo Convenio.

La discrepancia con nuestra resolución anterior radica en la interpretación que dimos al art. 19 del Convenio con Bélgica, en tanto señala que en el supuesto que contempla *" el salario medio tomado en consideración para calcular las prestaciones a cargo de tal país -en el caso España - se determinará según los salarios comprobados durante el período de seguro cumplido en dicho país"*. En mérito a tal exégesis llegamos a la conclusión de que la base reguladora de la prestación a cargo de la Seguridad Social española se obtiene de las «bases medias» correspondientes al

período previo al hecho causante de la prestación en que el trabajador cotizó en Bélgica, de lo que dedujimos que la regulación contenida en el Acuerdo con Bélgica es más favorable para los asegurados que de la letra a) del apartado D el Anexo VI, D, a) del Reglamento Comunitario 1408/1971, en la redacción dada por el Reglamento 1248/1992, conforme a la cual "en aplicación del art. 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".

Pues bien, tal como resulta de la clara literalidad del art. 19 del Convenio y en particular del inciso que estipula que a efectos de determinar el salario medio hay que tomar como referencia *"los salarios comprobados durante el período de seguro cumplido en dicho país"*, esto es en aquél que para calcular el importe de la prestación tiene en cuenta el salario medio de todo o parte del período y asume la prestación a su cargo, hay que entender que en casos como el enjuiciado en que el asegurado cotiza primero en España y después en Bélgica donde lo hace en el período inmediatamente anterior al hecho causante, las bases de cotización que se han de tomar en consideración para calcular la base reguladora de la pensión de jubilación que debe abonar la Seguridad Social española, son las correspondientes al período de seguro acreditado en nuestro país, es decir las «bases reales», o «bases remotas», pues el inciso transcrito no puede merecer otra interpretación que la indicada.

Corolario de cuanto se deja razonado es que el Convenio de Seguridad Social con Bélgica no dispensa al asegurado un trato más favorable que el derivado de la normativa comunitaria en lo que respecta a la determinación de la base reguladora que por consiguiente se ha de calcular computando las bases de cotización durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización en España, debidamente actualizadas, tal como se establece en el Reglamento 1408/1971, sin que proceda pronunciarse sobre el método de revalorización aplicable, al que se hace referencia en el escrito de impugnación del recurso al margen de la contradicción.

3. Por otra parte, como argumento de refuerzo la sentencia impugnada afirma que la conclusión a la que llega resulta ratificada por lo previsto en el art. 4 del Acuerdo Provisional Europeo sobre los Regímenes de Seguridad Social relativos a la vejez, invalidez y los sobrevivientes y su Protocolo Adicional hecho en París el 14 de diciembre de 1953 (BOE 21/03/1984), referencia que debe entenderse hecha al art. 3 de ese mismo Instrumento, en tanto dispone que *"Cualquier acuerdo relativo a las leyes y reglamentos a que se refiere el artículo 1, que se haya concluido o pueda concluirse entre dos o más partes contratantes, se aplicará, sin perjuicio de las disposiciones del artículo 9, a un nacional de cualquier otra parte contratante como si fuera nacional de una de las primeras partes, en la medida en que dicho acuerdo prevea, en lo que respecta a dichas leyes y reglamentos: (...) b) la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición, y concretamente las disposiciones relativas a la totalización de los períodos de seguro y de los períodos equivalentes para el nacimiento y mantenimiento del derecho, así como para el cálculo de las prestaciones"*. Para la sentencia recurrida este precepto debe ser interpretado en el sentido de que los trabajadores españoles que hubieran prestado servicios en Bélgica tienen derecho a beneficiarse de las condiciones más favorables *"en relación - entre otras cuestiones - al cálculo de las prestaciones que estuvieran contenidas en otros convenios bilaterales suscritos por España con otros países adheridos al Acuerdo Provisional Europeo (...) entre los cuales, además de Holanda, se encuentran Alemania, Francia o Reino Unido, cuyos convenios con España han sido interpretados de manera uniforme por el Tribunal Supremo como amparadores de la tesis de las bases medias"*.

La Sala no puede compartir este razonamiento. El Acuerdo Provisional al que hace referencia la sentencia recurrida fue sustituido, en relación con los Estados que lleguen a ser parte en el mismo, como es el caso de España y Bélgica, por el Convenio Europeo de Seguridad Social y Acuerdo complementario para la aplicación del mismo hecho en París el 14 de diciembre de 1972 (BOE 11/12/1986), que no contiene una previsión similar a la del art. 3 b) del Acuerdo Provisional Europeo, lo que hace innecesarias mayores consideraciones al respecto.

TERCERO.- Es, por tanto, la sentencia de contraste la que contiene la buena doctrina cuya aplicación al caso comporta, oído el Ministerio Fiscal, que el recurso deba ser estimado y casada y anulada en parte la sentencia impugnada y que hayamos de resolver el debate suscitado en suplicación en el sentido de desestimar el motivo de recurso de tal clase referido a la cuantía de la base reguladora de la pensión de jubilación, confirmando la establecida en la sentencia de instancia en los términos fijados en el auto de aclaración de la misma, manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida. Sin costas (art. 235.1 LRJS).

FALLO

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

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto el Instituto Social de la Marina, contra la sentencia dictada el 21 de junio de 2016 por Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación nº 858/2015 formulado frente a la sentencia dictada el 8 de septiembre de 2014 por el Juzgado de lo Social nº de Santiago de Compostela en los autos nº 1499/2011, seguidos a instancia de D^a. María Virtudes (Sucesora Procesal de D. Leopoldo), contra Instituto Social de la Marina, sobre Jubilación. Casamos y anulamos en parte la sentencia recurrida de la Sala de Galicia, y resolviendo el debate planteado en suplicación en relación a la cuantía de la base reguladora de la pensión, desestimamos el motivo planteado al respecto por el actor, confirmando la establecida en la sentencia de instancia en los términos fijados en el auto de aclaración de la misma, manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.