

§ 35

Cálculo de la pensión de jubilación con cotizaciones en Alemania y España

por CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO. *Universidad Hispalense*

Sentencias comentadas:

⚡ STSJ de Galicia de 6de julio de 2001 (AS 2001, 1923)

La STSJ de Galicia de 6 de julio de 2001 aborda un tema recurrente en nuestra jurisprudencia: el cálculo de la pensión de jubilación de los migrantes españoles que aun habiendo cotizado en nuestro país al comienzo de su carrera laboral no acreditan cotizaciones al sistema español en los 8-15 años inmediatamente anteriores al hecho causante. Y todo ello como consecuencia de haber ejercido el derecho a la libre circulación de trabajadores y haberse desplazado a otro Estado miembro de la Unión Europea para trabajar (Alemania en el caso de autos).

En supuestos como el descrito, se plantea la cuestión de determinar si España está obligada a abonar pensión a quienes con las solas cotizaciones satisfechas en España no acreditan el período de carencia legalmente exigido por el legislador nacional y, en caso afirmativo, cómo han de calcularse tales pensiones.

La solución pasa no sólo por la aplicación de la normativa nacional sino también del Derecho Comunitario. Y, más concretamente, del artículo 42 del Tratado de Amsterdam (RCL 1999, 1205 y LCEur 1997, 3620) (antiguo art. 51 del Tratado de Roma [LCEur 1986, 8]) –desarrollado por el Reglamento (CEE) 1408/71 [LCEur 1983, 411]– que consagra el principio de totalización o acumulación de períodos de

21. STC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994, 99) y las que cita 104/1987 (RTC 1987, 104), 166/1988 (RTC 1988, 166), 114/1989 (RTC 1989, 114) y 39/1991 (RTC 1991, 39), entre otras.
22. La ya mencionada STC 47/1985, de 27 de marzo (RTC 1985, 47): «establecido por el Magistrado que la parte demandada en el juicio por despido no probó los hechos por ella misma alegados en su carta de despido, que hubieran podido, de ser probados como ciertos, justificar un despido planteado como causalmente ideológico, debió amparar a la Profesora en su libertad ideológica (art. 16 CE [RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875]), considerar el despido como discriminatorio en el sentido del art. 17.1 ET, como contrario a la citada libertad ideológica de la Profesora, y, en consecuencia, como nulo con nulidad radical, lo que comporta la readmisión con exclusión de indemnización sustitutoria. Al no decirlo así, la sentencia del Magistrado de Trabajo, y tras ella la que la confirmó, lesionan el derecho del art. 16. 1 CE de la demandante y deben ser anuladas».

cotización, residencia o empleo acreditados en otros Estados miembros (o en algunos de los Estados firmantes del Tratado del Espacio Económico Europeo: Islandia, Noruega y Liechtenstein).

Este último principio se completa con la regla del prorrateo según la cual cuando para la liquidación de una pensión de jubilación contributiva sea preciso recurrir a la totalización de períodos, la pensión será satisfecha por cada Estado en el que el migrante haya cotizado a prorrata del tiempo «efectivamente cumplido en cada Estado miembro en el que haya estado asegurado» (PALMERO ZURDO, Javier: «Las Normas de Coordinación en Materia de Seguridad Social para Trabajadores Migrantes», en *La Seguridad Social de los Migrantes*, Vv Aa; Unión. Madrid, 1997, pg. 36).

A la vista de lo expuesto se justifica y comprende que en el caso de autos analizado se haya procedido a totalizar –sumar– los períodos cotizados en España y en Alemania para así poder obtener la pensión española teórica que por aplicación de la normativa española le correspondería. Pensión teórica que España no abonará íntegramente sino sólo un porcentaje de la misma que se calcula a prorrata del tiempo cotizado en España (el 13,5% en la sentencia analizada).

Pero el verdadero escollo es la determinación de la base reguladora de tal pensión teórica cuando durante los 8-15 años anteriores al hecho causante el migrante no acredita cotizaciones al sistema español de Seguridad Social sino a otro Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

En relación a este extremo el Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo declaró el derecho del trabajador migrante a que «el cálculo de su pensión sea sobre la base media de cotización, teniendo en cuenta únicamente el importe de las cotizaciones pagadas con arreglo a la legislación española y que tal cuantía así obtenida sea revalorizada».

Contra dicho fallo recurrió el INSS en suplicación por aplicación indebida del artículo 47.1 g) del Reglamento 1408/71, en relación con su punto 4 de la letra D del Anexo VI.

Yes que como la entidad gestora esgrime –y la Sala estimó– la normativa comunitaria no ordena que lo que se actualicen y revaloricen sean las bases de cotización sino la pensión resultante.

Hasta aquí, la STSJ de Galicia se adecua a los más recientes pronunciamientos en la materia del Tribunal Supremo que no debemos olvidar que, a su vez, hubo de alterar su propia jurisprudencia dictada en Unificación de Doctrina respecto al cálculo de pensiones migrantiles tras las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) recaídas en las cuestiones prejudiciales Lafuente Nieto, Naranjo Arjona y Grajera Rodríguez.

Pero un dato cronológico que no puede ser pasado por alto para la mejor comprensión del fallo del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo es que la sentencia de instancia tiene fecha 27 de enero de 1998.

Y el dato es sumamente relevante ya que la STJCE de 12 de septiembre de 1996 (TJCE 1996, 150), 251/1994 (Lafuente Nieto Rec., p. I-4187), precisamente dejaba sin resolver la cuestión de si lo que debían de actualizarse eran las bases de cotización o la pensión teórica resultante. Lo que motivó que el propio Tribunal Supremo

mediante Auto de 17 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2566) planteara una cuestión prejudicial a fin de que el TJCE se pronunciara sobre la interpretación comunitaria del Anexo VI, letra D, punto 4.

Mediante su Sentencia de 17 de diciembre de 1998 [TJCE 1998, 319], 153/1997 (Grajera Rodríguez Rec., p. I-8665), el TJCE declaró la validez de la disposición en litigio. Ello supone el triunfo de la tesis de la obligatoriedad de que la pensión teórica española de jubilación se calcule 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 la ulterior revalorización de la pensión resultante.

En resumen, que la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo es anterior en el tiempo a la Sentencia Grajera Rodríguez y, por tanto, no pudo infringir la nueva doctrina sentada por el TJCE y de la que posteriormente se haría eco el TS.

Es más, qué duda cabe que la interpretación dada en su momento por la sentencia de instancia coincide con la defendida por las asociaciones de emigrantes, y es que es la que resulta más favorable desde el punto de vista económico para los trabajadores migrantes.

En otro orden de ideas no comparto las críticas vertidas por la Sala del TSJ de Galicia contra el juez «a quo» cuando «obiter dicta» afirma que éste hace «una especie de mixtura del Reglamento 1248/92 (LCEur 1992, 1580) –que dio nueva redacción al Anexo VI.D.4 del Reglamento 1408/71– y el Convenio Hispano-Alemania, logrando así un pronunciamiento de dudoso sostén normativo que, no obstante, y en cuanto a tal declaración se refiere, la Sala no puede alterar por no ser objeto del recurso».

Resulta imprescindible hacer un poco de historia para comprender por qué el Juez de lo Social reconoce el derecho del trabajador migrante a que su pensión se calcule sobre la base media de cotización que a su grupo profesional correspondiera, en vez de sobre las cotizaciones reales satisfechas por el asegurado antes de emigrar.

El problema de la existencia de lagunas de cotización en los años inmediatamente anteriores al hecho causante en modo alguno es novedoso, y el mismo admite una pluralidad de soluciones (Cfr. DESDENTADO BONETE, Aurelio: «El Problema de la Determinación de la Base de la Pensión Española en los Supuestos en que el Cómputo Comprende Períodos de Cotización que se han completado en otro País de la Unión Europea», en *Problemática Española de la Seguridad Social Europea*, AA VV, IERI. Granada, 1999, pgs. 95-101):

- a) Recurrir al criterio de las bases remotas (las últimas satisfechas en España).
- b) Teoría de las bases mínimas de cotización que correspondieran en España al migrante en función de su categoría profesional.
- c) Determinar las bases de cotización como si los salarios percibidos en el extranjero durante los últimos 8-15 años lo hubieran sido en España.
- d) Aplicar la teoría de las bases medias. En este caso la laguna de cotizaciones de los años inmediatamente anteriores al hecho causante se integra por aplicación de la base media que al trabajador correspondería en España en función de su categoría profesional.

De las muy dispares consecuencias económica que para los trabajadores migran-

tes conlleva el que los tribunales se decanten por una u otra solución es buen ejemplo la STS de 10 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2910): aplicando la teoría de las bases remotas se obtenía una base reguladora de 2.710 pesetas mientras que empleando la teoría de las bases medias la cifra se elevaba a 93.943 pesetas.

Se ha de reconocer, sin embargo, que la teoría de las bases medias es de creación eminentemente jurisprudencial y fue por la que se decantó el TS en los últimos años.

No obstante, el panorama cambió tras sentencias del TJCE Lafuente Nieto, Naranjo Arjona y Grajera Rodríguez. Y, actualmente, el problema de la integración de lagunas de cotización admite dos soluciones distintas (dependiendo de que el migrante haya estado, o no, sometido a un convenio de Seguridad Social más favorable que el propio Reglamento 1408/71 en cuanto al cálculo de su pensión):

1) Cuando el migrante ejerció su derecho a la libre circulación de trabajadores con posterioridad a la adhesión del Reino de España a la CE y resulte necesario totalizar las cotizaciones extranjeras para causar derecho a la pensión española, la laguna de cotizaciones se integrará conforme a lo prevenido en el apartado 4 de la letra D del Anexo VI del Reglamento 1408/71 (esto es, tomando en consideración las bases de cotización reales del asegurado).

2) Pero, como en el caso de la sentencia analizada, si el trabajador emigró a Alemania antes de la incorporación de España a la entonces Comunidad Europea (hoy Unión Europea), procede aplicar el principio **Rönfeldt**. En consecuencia, ante la existencia de una laguna de cotizaciones, la pensión teórica española se calculará sobre la base media de cotización que a su grupo profesional correspondiera, siempre y cuando esta solución le sea más favorable al migrante que la aplicación del Reglamento 1408/71. Y esta interpretación es la que correctamente aplica el Juez de lo Social núm. 5 de Vigo.

¿En qué consiste el principio **Rönfeldt**?

Conforme a la STJCE (de 7 de febrero de 1991 [TJCE 1991, 129], 227/1989 (Rönfeldt) Rec., p. I-323) supone la aplicación preferente de un convenio de Seguridad Social anterior al Reglamento 1408/71 cuando el mismo resulte ser más favorable para el migrante, siempre y cuando dicho trabajador hubiera sido sujeto protegido por el mismo (cfr. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La Aplicación del Derecho Comunitario a las Prestaciones Especiales No Contributivas*, Comares, 1997; pgs. 142-151).

Por aplicación de tal doctrina el TS reconoce que «es posible, al margen de las normas comunitarias, aplicar un convenio bilateral si del mismo deriva un trato más favorable para el asegurado» (STS de 20 de enero de 2000 [RJ 2000, 984]).

Esto es, precisamente, lo que ocurre en casos como el de la sentencia analizada en que procede –por ser más favorable que el Reglamento comunitario– la aplicación del artículo 25 del Convenio Hispano-Alemania de Seguridad Social en la interpretación que del mismo ha efectuado el TS.

Y el Alto Tribunal, tras ciertas vacilaciones, se ha decantado por interpretar que las bases de cotización a tener en cuenta han de ser las bases medias de cotización (media aritmética entre la máxima y la mínima) vigentes en España durante el período inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante para un trabajador de la misma categoría que el trabajador migrante.