

Capítulo IV

Convenios internacionales de Seguridad Social y Reglamentos de coordinación de Sistemas de Seguridad Social¹²⁰

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

I. Del concepto comunitario de convenio de Seguridad Social en el Reglamento 1408/71 al silencio del Reglamento 883/2004

De conformidad con el artículo 1. k) del Reglamento 1408/71, “la expresión convenio de seguridad social designa todo instrumento bilateral o multilateral que vincule o pueda vincular exclusivamente a dos o varios Estados Miembros, así como todo instrumento multilateral que vincule o pueda vincular al menos a dos Estados miembros y a uno o varios Estados en el campo de la Seguridad Social, para el conjunto o parte de las ramas y regímenes mencionados en los apartados 1 y 2 del artículo 4, así como los acuerdos de cualquier naturaleza concluidos en el marco de dichos instrumentos”.

Por el contrario, el Reglamento 883/2004, al simplificar el contenido del artículo 1 donde se recoge un listado con las definiciones

¹²⁰ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D SEJ 2007-60684.

La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social

de los conceptos más relevantes, ha omitido cualquier definición de convenio de Seguridad Social.

En todo caso, y atendiendo a la jurisprudencia comunitaria habrá que concluir que los convenios de Seguridad Social¹²¹ se incluyen en el amplio concepto comunitario de legislación¹²² que “debe considerarse que se refiere al conjunto de las medidas nacionales aplicables en la materia”¹²³.

II. La jurisprudencia comunitaria sobre la aplicación preferente de los convenios internacionales más favorables

Hasta 1991 el Tribunal de Justicia había venido defendiendo la interpretación de que en las materias sobre las que rigen los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social, estos priman sobre los convenios concluidos antes de su entrada en vigor entre los Estados miembros, ya que el principio de sustitución del articulado de los convenios de Seguridad Social celebrados entre Estados miembros tiene carácter imperativo, por lo que no admite más excepciones que las expresamente previstas en los propios Reglamentos¹²⁴.

No obstante, el Tribunal de Justicia reconocía que en caso de concurrencia con un convenio internacional de Seguridad Social cuya vigencia hubiera sido declarada expresamente en el Anexo III del Reglamento

121 Francisco Javier Cebrián Badía, “El Derecho Comunitario y los Convenios Bilaterales en Materia de Seguridad Social”. *Actualidad Laboral* 1988-I; p.50.

122 El artículo 1.1) del Reglamento 883/2004 contiene la siguiente definición de legislación: para cada Estado miembro, las leyes, los reglamentos, las disposiciones estatutarias y todas las demás medidas de aplicación que afecten a las ramas de seguridad social contempladas en el apartado 1 del artículo 3.

123 STJCE de 31.3.1977, -87/76, (Bozzone) Rec.; p.687.

124 Por todas, la STJCE de 7.6.1973, -32/72, (Walder) Rec.; p.599: “los Reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social sustituyen a los convenios de Seguridad Social suscritos entre Estados miembros que no están mencionados, respectivamente, en los artículos 6 y 7 o en los anexos D y II (actualmente III) de estos Reglamentos y ello, incluso si la aplicación de estos convenios supone para el beneficiario, ventajas superiores a las que se derivan de dichos Reglamentos”.

1408/71, el primero sería de aplicación preferente; excepto que el Reglamento resultase ser más beneficioso, en cuyo caso será éste el aplicable.

A. Los casos Rönfeldt, Kaske y Wachter

Sorpresivamente, y dando un giro radical con respecto a su jurisprudencia previa, el Tribunal declaró en la sentencia Rönfeldt¹²⁵ la aplicabilidad del convenio germano-danés preexistente, frente al Reglamento 1408/71, por ser el primero más favorable para el migrante y aunque el mismo no figuraba mencionado en el Anexo III del citado Reglamento.

El Tribunal se sirvió para justificar su revolucionario fallo básicamente de los antiguos artículos 48 y 51 del Tratado CE –actuales artículos 45 y 48 en el Tratado de Funcionamiento de la UE-, llegando a la conclusión de que la aplicación del Derecho comunitario no debe implicar una disminución de las prestaciones concedidas en virtud de la legislación interna de un Estado miembro puesto que una solución contraria “produciría una limitación sustancial del alcance de los objetivos del artículo 51 en la medida en que el trabajador que ejerce su derecho a la libre circulación se encontraría en una situación menos favorable que la que habría disfrutado de no hacer uso de ese derecho”.

Del contexto de la sentencia Rönfeldt se infiere, además, que la comparación que procede efectuar entre el Reglamento y el convenio bilateral no es sólo en su conjunto, sino que se refiere a todas y cada una de las reglas de coordinación contenidas en el Reglamento y en el convenio, con el fin de aplicar la que figure en éste cuando resultase más favorable para el trabajador¹²⁶. Es decir, que el Tribunal opta por la técnica del “espiguelo”.

La doctrina Rönfeldt también es aplicada para resolver la cues-

¹²⁵ STJCE de 7.2.1991, -227/89, (Rönfeldt) Rec.; p. I-323.

¹²⁶ Emilio González-Sancho López; “Relaciones entre Legislación Comunitaria y Convenios Bilaterales en Materia de Seguridad Social de Migrantes: de la Sentencia Rönfeldt al caso Peschiutta”. Revista de Trabajo y Seguridad Social nº 5/1992; pp.81-94.

La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social

ción prejudicial -450/05 (Wachter) resuelta por la sentencia de 18.12.2007¹²⁷ que trae causa, entre otros motivos, de la negativa de las autoridades alemana de aplicar la supresión de la cláusula de residencia contenida en el Convenio germano-austriaco de 1966 a la pensión en litigio. El Tribunal declara la aplicación de dicha cláusula más favorable para el trabajador migrante que estuvo incluido en el ámbito de aplicación personal del convenio bilateral.

Como se desprende de la sentencia Kaske, la aplicación preferente del convenio de Seguridad Social al que hubiera estado sometido el migrante que le fuera más favorable se predica sea cual sea la prestación coordinada que se reclame¹²⁸.

B. El caso Thévenon

Con la sentencia Thévenon¹²⁹ el Tribunal de Justicia matiza su doctrina aunque sin invalidar las conclusiones que habíamos inferido del asunto Rönfeldt.

Y es que en el caso del Sr. Thévenon éste no había ejercido nunca su derecho a la libre circulación con anterioridad a la entrada en vi-

127 Sentencia analizada en C. Sánchez-Rodas Navarro; "Novedades en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre el Reglamento 1408/71" en: VV.AA.; El Reglamento Comunitario 1408/71. Nuevas Cuestiones. Viejos Problemas. Laborum. Murcia. 2008; pp.35-39.

128 Sobre el convenio germano-austriaco se pronunció la STJCE de 5.2.2002, -277/99, (Kaske) Rec.; p.I-1261: "la respuesta que se dio en la sentencia Rönfeldt se refiere a la totalidad de las ventajas de Seguridad Social que contempla el Reglamento 1408/71, tanto si las prestaciones tienen carácter definitivo como si indemnizan momentáneamente a un asegurado".

129 STJCE de 9.11.1995, -475/93, (Thévenon) Rec.; p.I-3832: "el apartado 2 del artículo 48 y el artículo 51 del Tratado CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el Reglamento 1408/71, de conformidad con su artículo 6 sustituya a cualquier Convenio que vincule exclusivamente a dos Estados miembros, cuando un asegurado sólo haya cubierto, antes de la entrada en vigor del Reglamento 1408/71, períodos de seguro en uno de los Estados contratantes, ni siquiera cuando la aplicación del Convenio bilateral de Seguridad Social hubiera sido más favorable para el asegurado".

gor del Reglamento 1408/71, de ahí que el Tribunal de Justicia desestime su pretensión de que le fuera de aplicación el convenio francoalemán sustituido por el Reglamento 1408/71.

El Tribunal, por tanto, se limita a concretar en el asunto Thévenon una cuestión que la sentencia Rönfeldt no resolvía: ¿podrían en el futuro los trabajadores que no hubieran estado sometidos a un convenio bilateral con anterioridad a que el mismo fuera sustituido por los Reglamentos comunitarios invocar la aplicación de las cláusulas más favorables del primero?

El Tribunal responde negativamente lo cual es ciertamente una postura lógica ya que lo contrario supondría que determinados convenios bilaterales serían de hecho inderogables, lo que a juicio de GONZÁLEZ-SANCHO¹³⁰ “resulta absurdo”.

III. El Reglamento 883/2004 y el Anexo II: ¿El fin de la doctrina Rönfeldt?

El artículo 8 del Reglamento 883/2004, establece que “en su ámbito de aplicación, el presente Reglamento sustituirá a cualquier otro convenio de seguridad social aplicable entre los Estados miembros. No obstante, continuarán siendo de aplicación determinadas disposiciones de convenios de seguridad social suscritos por los Estados miembros con anterioridad a la fecha de aplicación del presente Reglamento, siempre que resulten más favorables para los beneficiarios o deriven de circunstancias históricas específicas y tengan un efecto temporal limitado. Para que estas disposiciones sigan siendo aplicables, deberán ser inscritas en el Anexo II...”.

En lo sustancial, no existe un cambio radical entre el artículo 8 del Reglamento 883/2004 y el artículo 6 del derogado Reglamento 1408/71, puesto que en ambos la aplicación de convenios internacio-

¹³⁰ Emilio González-Sancho; “Relaciones entre Legislación Comunitaria y Convenios Bilaterales en materia de Seguridad Social de Migrantes: de la sentencia Rönfeldt al caso Peschiutta”. Op. cit.; p.85.

La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social

nales de Seguridad Social se supedita a su inclusión por los Estados miembros en un concreto Anexo.

En todo caso, la nueva regulación de esta materia es criticable porque remite a un concepto jurídico indeterminado: apreciar qué sea “lo más favorable” es una cuestión subjetiva, en la que los Estados y los sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación de los convenios pueden no coincidir, máxime cuando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha admitido el uso de la técnica del espiguelo, que no del conglobamento, para apreciar lo más favorable para el migrante.

En tercer lugar, lo lógico hubiera sido esperar que en ese Anexo II figurasen “precisamente aquellas disposiciones de los convenios que España había firmado con gran número de Estados miembros de la UE y que recogen reglas de determinación de prestaciones que son claramente más favorables que las que se derivan del Reglamento¹³¹”. No obstante, en el citado Anexo II (dotado de contenido por obra del Reglamento 988/2009 de 16.9.2009) sólo se mencionan –por lo que a España se refiere– dos convenios: Alemania-España (artículo 45.2 del Convenio de Seguridad Social de 4.12.1973) y España-Portugal (artículo 22 del Convenio General de 1969).

Para acabar de complicar aún más la situación, en el Reglamento 987/2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004, encontramos listados en su Anexo 1 una serie de convenios bilaterales en los que España es parte. Dicho Anexo 1 tiene como fundamento legal los artículos 8.1 y 9.2 del Reglamento 987/2009.

Al margen de la dificultad que pueda conllevar determinar qué convenios bilaterales permanecen en vigor ya que ello implica tener que consultar el Anexo 1 del Reglamento 987/2009 y el Anexo II del Reglamento 883/2004, el problema de fondo que subsiste es que del artículo 8 del Reglamento 883/2004 se infiere sin género de dudas la aplicación preferente del Reglamento frente a las disposiciones de un convenio de Seguridad Social no incluido por los Estados miembros

¹³¹ Eva Garrido Pérez; La Pensión de Jubilación de los Trabajadores Migrantes. Bor-marzo. Albacete. 2005; p.18.

en el pertinente Anexo, incluso si dicho convenio contuviera cláusulas más ventajosas para el migrante.

Por tanto, habrá que esperar a ver cómo aplica este artículo el Tribunal de Justicia y, si mantendrá, o no, su doctrina Rönfeldt.

Este tema es especialmente sensible por lo que al caso de los migrantes españoles se refiere, tal y como evidencia el alto número de sentencias que ha dictado el Tribunal Supremo estimando las pretensiones de los trabajadores migrantes para que sus prestaciones se calculen conforme a los convenios bilaterales más favorables en vez de con arreglo a los Reglamentos de coordinación¹³².

IV. Convenios bilaterales entre un Estado miembro y terceros Estados

A. El asunto Grana-Novoa

La cuestión prejudicial Grana-Novoa¹³³ se plantea como consecuencia de que a la trabajadora, de nacionalidad española, con cotizaciones en Alemania y en Suiza, se le denegó la pensión de vejez alemana solicitada por no cumplir el período de carencia exigido por la legislación germana. La pretensión de la Sra. Grana-Novoa se ceñía a que Alemania totalizara los períodos cotizados en Suiza, al amparo del Convenio de Seguridad Social celebrado entre la República Federal de Alemania y la Confederación Suiza, cuyo ámbito de aplicación personal se circunscribía, sin embargo, sólo a los ciudadanos alemanes y suizos.

El Tribunal de Justicia falló que, a los efectos de los artículos 1.j) y 3.1 del Reglamento 1408/71, el concepto de legislación” no incluye las disposiciones de convenios internacionales de Seguridad Social celebrados entre un solo Estado miembro y un tercero Estado. Esta inter-

¹³² Cfr. entre otras muchas, SSTS de 15.11.2001 (RJ.9760); de 16.5.2002 (RJ.7899); y de 28.5.2002 (RJ.7563).

¹³³ STJCE de 2.8.1993, -23/92, (Grana-Novoa) Rec., p.I-4505.

La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social

pretación no queda debilitada por el hecho de que dichos Convenios hayan quedado integrados, con rango de Ley, en el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro interesado”.

B. El Caso Gottardo

En la sentencia de 15.1.2002, -55/00 (Gottardo) Rec.; p.I-413¹³⁴, el Tribunal de Justicia modificó radicalmente la doctrina sentada en el caso Grana-Novoa.

La Sra Gottardo, de nacionalidad italiana, adquirió obligatoriamente la nacionalidad francesa tras haber contraído matrimonio. Trabajó sucesivamente por cuenta ajena en Italia, Suiza y Francia. De estos últimos dos países percibía sendas pensiones de vejez que le fueron reconocidas sin necesidad de recurrir a la técnica de totalización de períodos de seguro.

Sin embargo, su solicitud de pensión de vejez italiana fue desestimada por no reunir el período de carencia exigido. Requisito éste último que sólo podría cumplir en caso de que se le computaran los períodos de seguro cubiertos en Suiza, por aplicación del Convenio Italo-Suizo que entró en vigor el 1.9.1964. El citado convenio restringe el principio de igualdad de trato a los ciudadanos italianos y suizos.

La cuestión prejudicial planteada se funda en la duda de que si la denegación de la totalización de períodos por razón de la nacionalidad de la solicitante vulnera, o no, la interdicción de discriminación por razón de la nacionalidad que consagra el artículo 39 del Tratado de la CE (actual artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la UE).

A pesar de que los hechos entre la cuestión prejudicial Grana-Novoa y Gottardo son sustancialmente idénticos, el Tribunal falló que “las autoridades de Seguridad Social competentes de un primer

¹³⁴ Por todos, cfr. Antonio Javier Adrián Arnáiz; “La Contribución de la Sentencia “Gottardo” del TJCE, de 2 de Junio de 2002, a la Realización del Principio de Igualdad de Tratamiento por lo que se refiere a la Seguridad Social en la Unión Europea”. Información laboral. nº 2/ 2004; pp. 2-44.

Estado deben, con arreglo a las obligaciones comunitarias que les incumben en virtud del artículo 39 CE, computar a efectos del derecho a prestaciones de vejez los períodos de seguro cubiertos en un país tercero por un nacional de un segundo Estado miembro cuando, en las mismas condiciones de cotización, dichas autoridades competentes reconocen, de conformidad con un convenio internacional bilateral celebrado entre el primer Estado miembro y el país tercero, el cómputo de dichos períodos cubiertos por sus propios nacionales”.

Para llegar a tal conclusión el Tribunal partió de la base de que “cuando un Estado miembro celebra con un tercer Estado un convenio internacional bilateral de Seguridad Social que prevé el cómputo de los períodos de seguro cubiertos en dicho tercer Estado para tener derecho a prestaciones de vejez, el principio fundamental de igualdad de trato obliga al Estado miembro en cuestión a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que las que disfrutan sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que pueda justificar objetivamente su denegación”.

Asimismo, el Tribunal señaló que “su interpretación del concepto de “legislación” recogido en la letra j) del artículo 1 del Reglamento 1408/71 no puede llevar al menoscabo de la obligación de todo Estado miembro de respetar el principio de igualdad de trato previsto en el artículo 39 del Tratado CE”. “Cuestionar el equilibrio y la reciprocidad de un convenio internacional bilateral celebrado entre un Estado miembro y un tercer Estado no puede ser una justificación objetiva para que el Estado miembro parte en dicho convenio se niegue a extender a los nacionales de los demás Estados miembros las ventajas que dicho convenio concede a sus propios nacionales”.

Ante la disparidad de criterios mantenidos por el Tribunal de Justicia no puede sino compartirse la afirmación del Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer cuando reconoce que “me parece preocupante que se alcancen soluciones divergentes siendo práctica-

La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social

mente iguales las circunstancias e idénticas las disposiciones comunitarias en vigor¹³⁵.

Este, es, sin duda un grave problema que presenta la aplicación del Derecho de la Unión, pues siendo su máximo intérprete el Tribunal de Justicia, se viene observando cómo con demasiada frecuencia y en cortos lapsos de tiempo altera su propia jurisprudencia, pero sin justificar los motivos jurídicos que motivan el cambio de criterio. Todo lo cual crea un profundo sentimiento de inseguridad e incertidumbre jurídica.

1. La Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes y la sentencia Gottardo

Con fecha 12.6.2009, la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes adoptó una Recomendación –que se publicará y será aplicable una vez entre en vigor el Reglamento 987/2009- relativa a la jurisprudencia Gottardo.

De conformidad con la misma, se deben conceder a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros las mismas ventajas de que disfrutaban los trabajadores nacionales de un Estado miembro en virtud de un convenio bilateral de Seguridad Social que éste haya celebrado con un tercer Estado.

Asimismo, entre otras cuestiones, se recomienda que los nuevos convenios bilaterales de Seguridad Social que celebren un Estado miembro y un tercer Estado deberían incluir una referencia expresa al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad de los nacionales de otro Estado miembro que hayan ejercido su derecho a circular libremente en el Estado miembro parte del convenio en cuestión.

Esta Recomendación de 12.6.2009 tiene como fundamento legal los apartados a) y c) del artículo 72 del Reglamento 883/2004 y su contenido coincide fielmente con la Recomendación de la Comisión Administrativa nº 22 de 18.6.2003 que fue adoptada al amparo del artículo 81 del Reglamento 1408/71.

¹³⁵ Conclusiones presentadas el 5.4.2001, apartado 31.