

§ 49

Problemas atinentes al cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores migrantes

por CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO *Universidad de Sevilla*

Sentencia comentada:

↵ STSJ Galicia, de 17 junio 2005 (AS 2005, 2224)

La sentencia del TSJ de Galicia (AS 2005, 2224) objeto de este comentario ilustra perfectamente acerca de la extraordinaria dificultad que puede llegar a plantear la aplicación a los migrantes españoles de las normas sobre coordinación comunitaria de Seguridad Social contenidas actualmente en el Reglamento 1408/71 (LCEur 1997, 199), desarrollado por el Reglamento 574/72 (LCEur 1972, 36). Dichos Reglamentos tienen un carácter instrumental: contribuir a garantizar el ejercicio de la libre circulación de trabajadores (uno de los pilares sobre los que se fundó la Comunidad Económica Europea), con el fin de que los migrantes no vean mermados sus derechos en materia de Seguridad Social por haber estado sometidos a uno o más sistemas nacionales de Seguridad Social distintos.

La interpretación de dichos Reglamento ha sido tradicionalmente considerada –incluso por los propios Abogados Generales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE)– como una tarea «farragosa, poco clara y difícilmente accesible». Opinión que no puede sino compartirse a la vista del «vía crucis» judicial afrontado por el actor, trabajador migrante de nacionalidad española, para el reconocimiento de su pensión de jubilación española calculada de conformidad con las normas de coordinación comunitarias.

El periplo judicial del demandante, que cotizó en España 368 días al Régimen Especial del Mar y 10.858 días en los Países Bajos como marinero a bordo de buques de bandera holandesa, se inició una década atrás, cuando tras haber solicitado en España su pensión de jubilación anticipada al amparo de los Reglamentos Comunitarios, le fue reconocida con efectos económicos de 18.10.1994 una pensión por importe de 20 pesetas (sic). Disconforme con el cálculo de su pensión, el actor interpuso demanda impugnando tanto la base reguladora como el porcentaje aplicable. En dicho porcentaje pretendía que se le computaran las cuotas ficticias por razón de la edad previstas en la Disposición Transitoria Segunda de la Orden Ministerial de 18.1.1967 (RCL 1967, 133).

La sentencia de instancia desestimó la pretensión por lo que respecta a la determinación del porcentaje aplicable, pero estimó que la base reguladora debía calcularse sobre las bases medias de cotización al período anterior al hecho causante. Interpuesto recurso, éste fue estimado por la STSJ Galicia de 15.2.1999 (AS 1999, 5253) que declaró que en el porcentaje de pensión a cargo del Instituto Social de la Marina habían de computarse las cuotas ficticias. Dicha resolución judicial fue revocada por el Tribunal Supremo en sentencia de 7.12.1999 (RJ 1999, 9693) en la que se afirma que calcular el importe de la pensión del trabajador migrante «conforme a un porcentaje real sobre la pensión teórica, obtenida de ficciones por razón de edad o peligrosidad...supondría la concesión de beneficios excesivos al trabajador migrante por el solo hecho de la emigración».

En el año 2001, al cumplir el actor los 65 años le fue reconocida una pensión de jubilación de la Seguridad Social holandesa (AOW), a resultas de lo cual el demandante sostiene «que el reconocimiento de la pensión de jubilación por Holanda obliga a recalcular la misma por la Seguridad Social Española, que habrá de tomar en consideración las cuotas atribuibles a la edad en que el actor tenía el 1.8.1970».

La STSJ de Galicia objeto de este comentario desestima el recurso interpuesto por la representación legal del trabajador migrante, por apreciar la excepción de cosa juzgada alegada por el Instituto Social de la Marina, lo que «impide recalcular el importe de pensión a cargo de España, pues sería desconocer indebidamente la obligada vinculación que impone la resolución firme del Tribunal Supremo».

Diversos e interesantes son los temas que afectan al cálculo de la pensión de este trabajador migrante español, entre los que se destacaran los siguientes:

El primer escollo que tuvo que afrontar fue el de la determinación de la base reguladora de su pensión, ya que aunque había cotizado en nuestro país al comienzo de su carrera laboral no acreditaba cotizaciones al sistema español en los años inmediatamente anteriores al hecho causante. Al respecto, la doctrina de Tribunal Supremo, después de ciertas vacilaciones, se había decantado por aplicar la teoría de las bases medias, consistente en integrar la laguna de cotizaciones de los años inmediatamente anteriores al hecho causante por aplicación de la base media que al trabajador correspondería en España en función de su categoría profesional.

Tras las sentencias del TJCE recaída en las cuestiones prejudiciales Lafuente Nieto (TJCE 1996, 150), Naranjo Arjona (TJCE 1997, 203) y Grajera Rodríguez (TJCE 1998, 319), el TJCE resolvió que la pensión teórica española de jubilación se ha calcular sobre las bases reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, revalorizándose la pensión resultante, tal y como se infiere del Anexo IV.D.4º del Reglamento 1408/71, introducido por el Reglamento 1248/92 (LCEur 1992, 1580).

No obstante, las previsiones del Reglamento 1408/71 pueden resultar inaplicables a aquellos trabajadores migrantes que hubieran estado sometidos a Convenios de Seguridad Social más favorables que el propio Reglamento comunitario, en base a la doctrina sentada por las sentencias Rönfeldt (TJCE 1991, 129) y Thénevon (TJCE 1995, 198). Esto es, precisamente, lo ocurrido con el actor: las disposiciones del Convenio Hispano-Holandés (RCL 1975, 549) al que había estado sujeto le resultaban más favorables para el cálculo de la base reguladora de su pensión que las disposiciones contenidas en el Reglamento 1408/71, de ahí que el Tribunal Supremo declarara ajustado a Derecho que su determinación se hubiera producido por aplicación de la teoría de las bases medias.

En segundo lugar, la sentencia comentada incide en el tema del cómputo de las cotizaciones ficticias que pudieran corresponderle al trabajador migrante en aplicación de lo previsto en la Disposición Transitoria Segunda de la Orden Ministerial de 18.1.1967.

¿Tales años de bonificación son períodos de seguro a efectos del artículo 1, letras r) y s) del Reglamento 1408/71?

Sobre este particular los tribunales españoles habían venido manteniendo posturas enfrentadas. Así, en base al artículo 46.2.b) del Reglamento 1408/71 y la Decisión

de la Comisión Administrativa de 24.1.1974 (LCEur 1974, 80), el Tribunal Supremo había llegado a pronunciarse en sentido adverso (STS de 7.12.1999 [RJ 1999, 9693], en la que fue parte el mismo actor que en la sentencia ahora comentada). Pese a ello, mediante auto de 17.7.2000 el Juzgado de lo Social núm. 3 de Orense planteó una cuestión prejudicial al respecto (Barreira Pérez) resuelta por el TJCE en su sentencia de 3.10.2002 (TJCE 2002, 273) en la que se declaró que la Seguridad Social española había de tomar en consideración la bonificación de períodos establecidos en la Ley General de Seguridad Social por razón de edad, tanto para establecer la cuantía de las pensiones calculadas de conformidad con los Reglamentos comunitarios, como para la aplicación de la «prorrata temporis».

Sin embargo, antes incluso de que el TJCE se pronunciara sobre la cuestión prejudicial Barreira Pérez, el Tribunal Supremo modificó su doctrina en sentido favorable a las pretensiones de los migrantes. Tal es la nueva corriente jurisprudencia que se inicia con la STS de 26.6.2001 (RJ 2001, 6834) y se reitera en las SSTS de 5.7.2001 (RJ 2001, 7309); 15.11.2001 (RJ 2001, 9760); y 28.5.2002 (RJ 2002, 7563).

El tema no puede, sin embargo, aún considerarse zanjado, dado el criterio que ha venido manteniendo la Administración española en cuanto a la aplicación de la sentencia Barreira Pérez, y que ha motivado que por el Pleno del Consejo General de la Emigración se haya adoptado el acuerdo por el que se solicita del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que imparta las instrucciones correspondientes para «que las Entidades Gestoras procedan a la revisión automática de las pensiones de las personas afectadas por la sentencia sin necesidad de que los interesados lo soliciten... y que los efectos económicos de esta revisión sean los mismos que los del reconocimiento inicial de la pensión».

La sentencia comentada también aborda la interpretación del artículo 50 del Reglamento 1408/71 que impide que, por aplicación de las normas comunitarias para calcular el importe de la pensión migrante, los beneficiarios pudieran «percibir, en el Estado en cuyo territorio resida y con arreglo a la legislación por la que se le deba una prestación, en concepto de prestaciones una cuantía inferior a la de la prestación mínima fijada por dicha legislación para un período de seguro o de residencia igual al conjunto de los períodos computados para la liquidación».

La Sala del TSJ no hace suya la tesis del recurrente, que viene a identificar a los efectos del citado artículo 50 pensión mínima con pensión teórica para el cálculo de la pensión prorrateada. En relación con la interpretación del artículo citado, el TJCE en su sentencia de 17.12.1981 (Browning) ya afirmó que para que el mismo fuera aplicable resultaba necesario que la legislación nacional prevea una «pensión mínima» lo cual acontece cuando existe «una garantía específica que tiene por objeto asegurar a los beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social unos ingresos mínimos superiores al importe de las prestaciones a las que tendría derecho sobre la base exclusiva de sus períodos de afiliación y de sus cotizaciones».

Por último, y aunque con ello no se agota la rica problemática que encierra la sentencia comentada, por ser un tema que parece haber pasado desapercibido para la doctrina española, habría que hacer especial mención a la pensión holandesa que percibe el trabajador migrante español (AOW), pues sobre la misma se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 4.6.2002 (TEDH 2002, 33) en el asunto Wessels-Beergervoet contra los Países Bajos.

Peculiaridad del régimen holandés de Seguridad Social es la existencia de un seguro general financiado mediante un porcentaje sobre el impuesto sobre la renta, y que protege tanto a los residentes en los Países Bajos como a quienes, sin ser residentes, están sujetos por obligación real al impuesto sobre la renta por trabajo personal. Esta pensión de vejez es de cuantía uniforme y se abona a las personas que cumplen los 65 años. Para tener derecho a la prestación completa es preciso acreditar un período de 50 años de seguro. Existe una reducción del 2% por cada año que la persona no ha estado asegurada, es decir, no ha residido en los Países Bajos.

La demandante alegaba que la reducción de su pensión de jubilación motivada por el solo hecho de que su marido hubiera trabajado en el extranjero constituía una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1999, 1190, 1572), en conexión con el artículo 1 del Protocolo núm. 1, puesto que en el momento en que sucedieron los hechos, una mujer casada sólo estaba asegurada por la AOW cuando su marido estaba asegurado también. No existía, por el contrario, la misma previsión cuando de un hombre casado se trataba.

Frente a la tesis de la demandante, el Gobierno alegaba que los beneficios de los planes de seguros sociales caracterizados por el principio de la solidaridad social no podían ser considerados como «bienes» en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1, ya que, a diferencia de los sistemas en los que el nivel de beneficios está supeditado a las aportaciones, un sistema basado en la solidaridad social distribuye los recursos disponibles por igual entre todos los interesados.

A mayor abundamiento, el Gobierno destacaba el decisivo dato de que el derecho a los beneficios de la AOW no depende de si se han hecho, o no, aportaciones. Por tanto, el grupo de contribuyentes es diferente del grupo de beneficiarios. Dada la ausencia de conexión entre contribución y derechos en virtud del plan AOW, el Gobierno consideraba que una pensión AOW no podía ser considerada incluida en el ámbito del artículo 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Frente a estos argumentos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que los derechos de la demandante a una pensión en virtud de la AOW podían ser contemplados como bienes en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1. Y, puesto que la única razón para la exclusión de la demandante del seguro de la AOW por un período de 19 años era el hecho de que estaba casada con un hombre que no estaba asegurado en virtud de lo dispuesto en la AOW porque trabajaba en el extranjero, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima la demanda, por considerar que la reducción aplicada a los beneficios de la AOW de la demandante estaba basada, exclusivamente, en el hecho de que era una mujer casada. Se constata, por tanto, la vulneración del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en conexión con el artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Con esta sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido a reconocer que también las prestaciones no contributivas de Seguridad Social pueden ser calificadas como bienes susceptibles de protección al amparo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, consolidándose así una sólida doctrina judicial que inició con la sentencia de 16.9.1996 (TEDH 1996, 40) (Gaygusuz).