

La determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación en los supuestos de trabajadores/as migrantes en el ámbito comunitario

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 82/2018, de 1 de febrero](#)

Isabel María Villar Cañada

*Profesora Contratada Doctora (acreditada a PTU). Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

1. MARCO NORMATIVO. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La conservación de los derechos adquiridos por los trabajadores que han prestado servicios en distintos países a lo largo de su vida laboral constituye una de las exigencias básicas de la coordinación en materia de Seguridad Social entre los Estados. En la consecución de ese objetivo desempeña un papel esencial el principio de totalización de los periodos cotizados en los diferentes países y el de prorrateo de prestaciones, que van a determinar el nacimiento del derecho a la correspondiente prestación y la cuantía de la misma que habrá de asumir cada Estado en atención al periodo cotizado en su territorio. Esta técnica implica, pues, que cada país otorgará al trabajador/a la prestación correspondiente según las reglas establecidas en su legislación.

En el ámbito comunitario, junto al [Reglamento 883/2004](#), del Parlamento y del Consejo de 29 de abril, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (que vino a sustituir al [Reglamento 1408/1971](#), del Consejo, de 14 de junio, 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 esa labor de coordinación entre los sistemas nacionales de Seguridad Social tienen incidencia también las previsiones contenidas en los convenios bilaterales sobre la materia suscritos entre los distintos Estados.

Pues bien, en [Sentencia 82/2018, de 1 de febrero, \(rec. 3062/2016\)](#), objeto de este comentario, el Tribunal Supremo viene a resolver el supuesto de concurrencia normativa entre el reglamento comunitario y el Convenio de Seguridad Social hispano-belga en lo relativo a la determinación de

la base reguladora para el cálculo de la pensión de jubilación. Rectificando su doctrina anterior, el tribunal resuelve recurso de casación para unificación de doctrina, presentado por el Instituto Social de la Marina, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de junio de 2016.

En dicha sentencia se reconocía derecho a pensión de jubilación, calculada en el ámbito del Régimen Especial de Seguridad Social del Mar y con cargo al Instituto Social de la Marina, de un trabajador emigrante español que acreditaba cotizaciones en España y Bélgica, determinándose la cuantía de la base reguladora de la citada pensión en función de las bases medias de cotización correspondientes al periodo previo al hecho causante, en el cual trabajó en Bélgica, solución esta adoptada siguiendo la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo hasta ese momento.

Así pues, la cuestión a resolver por el tribunal en unificación de doctrina es, en concreto, la forma en que ha de ser determinado el sistema de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de un trabajador migrante que durante su vida laboral acreditó cotizaciones en España y Bélgica, una vez le ha sido reconocido el derecho a la correspondiente pensión en aplicación de las normas establecidas en los reglamentos comunitarios sobre totalización de periodos de cotización y prorrateo de la prestación.

2. SUPUESTO DE HECHO. BREVE SÍNTESIS DEL RELATO FÁCTICO DE LA SENTENCIA

Como hechos probados, tanto en la sentencia de instancia como en la sentencia recurrida, se acreditó que el demandante prestó sus servicios en España de forma discontinua, acumulando cotizaciones en el Régimen Especial del Mar durante 522 días entre los años 1961 y 1963 y en el Régimen General por un total de 2.206 días durante los años 1966 y 1974.

Posteriormente, prestó servicios en Bélgica en el sector pesquero acumulando otros 10.050 días de cotización entre los años 1970 y 1996.

Tras el cumplimiento de los 65 años de edad, desde el 1 de noviembre de 2009 estaba percibiendo pensión de jubilación correspondiente al sistema de Seguridad Social belga (hasta ese momento recibía una prestación temporal a cargo de dicho Estado).

El actor, presentó solicitud de pensión de jubilación en España, siendo tramitada la misma al amparo de los reglamentos comunitarios y reconociéndosele a cargo del Instituto Social de la Marina, con efectos desde el 27 de enero de 2010, *prorrata temporis* a cargo de España del 25,27 % y con una cuantía del 100 % de la base reguladora, fijada en 2.709 euros.

En primera instancia, el Juzgado de lo Social número 2 de Santiago de Compostela, estimando parcialmente la demanda interpuesta por el actor, modificó el porcentaje de *prorrata temporis*, fijando el mismo en un 39,92 %, y la cuantía de la base reguladora, que quedó establecida en 1.476,59 euros.

Recurrido en suplicación el citado pronunciamiento, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en Sentencia de 21 de junio de 2016, confirmó la cuantía de la base reguladora establecida por el Juzgado de lo Social, anticipando la fecha de efectos al 1 de noviembre de 2009.

Contra esta sentencia se formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina por la representación del Instituto Social de la Marina, sustentado en la contradicción existente entre la misma y la dictada por la misma sala el 25 de noviembre de 2008.

3. DOCTRINA JUDICIAL APLICADA. CAMBIO DE CRITERIO JURISPRUDENCIAL

La cuestión ante la que se enfrenta el Tribunal Supremo en la sentencia analizada es, como ha quedado indicado, la de determinar cuál ha de ser la regla aplicable para calcular la base reguladora de la pensión de jubilación en aquellos supuestos de trabajadores que, a lo largo de su vida laboral, han acreditado cotizaciones en varios países de la Unión Europea, en este caso en España y Bélgica, una vez que el derecho a prestación le ha sido reconocido en virtud de las normas comunitarias.

Al respecto, tradicionalmente nuestro Tribunal Supremo ha venido considerando, en reiterada doctrina¹, que en aquellos casos en los que exista un convenio de Seguridad Social entre ambos países, cuando de lo dispuesto en el mismo resulte un trato más favorable para el asegurado que el previsto en el reglamento comunitario sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social ([Reglamento 1408/1971](#), del Consejo, de 14 de junio de 1971, actualmente sustituido, como indicábamos, por el [Reglamento 883/2004, de 29 de abril](#)) ha de prevalecer la norma convencional sobre el reglamento. Así se ha venido estableciendo jurisprudencialmente en lo relativo a la regla de determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación; por ejemplo, en el supuesto del Convenio de Seguridad Social suscrito con Alemania ([STS de 6 de octubre de 2004 –rec. 3504/2003–](#)), el suscrito con los Países Bajos ([SSTS de 29 de abril de 2009 –rec. 4519/2007–](#) o [29 de diciembre de 2017 –rec. 696/2016–](#)), el firmado con Gran Bretaña ([STS de 31 de enero de 2011 –rec. 714/2010–](#)) o el Convenio hispano-francés ([STS de 15 de septiembre de 2010 –rec. 4056/2009–](#)). En todos los casos, el tribunal consideró de aplicación el convenio bilateral correspondiente al establecerse en el mismo el sistema de bases medias de cotización –más beneficioso para los trabajadores– para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación.

Siguiendo esta doctrina, más recientemente, la [STS 825/2017, de 24 de octubre](#), analizó la mencionada cuestión con relación al Convenio de Seguridad Social entre España y Bélgica²,

¹ A título de ejemplo *vid.* Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de [15 de septiembre de 2010 \(rec. 4056/2009\)](#) o [31 de enero de 2011 \(rec. 714/2010\)](#).

² Suscrito el 28 de noviembre de 1956 (BOE de 13 de mayo de 1958) y revisado el 10 de octubre de 1967 (BOE de 30 de agosto de 1969).

objeto de la sentencia que ahora comentamos³. En dicho pronunciamiento, el tribunal consideró que la regla establecida en el artículo 19 del Acuerdo hispano-belga remitía a las «bases medias» cumplidas con arreglo al periodo designado del país que acoge el sistema de cómputo, dando lugar, por tanto, a un trato más favorable para la persona asegurada y debiendo, por ende, ser dicho convenio bilateral de aplicación preferente al reglamento comunitario, desde el momento en que este último opta, para el cálculo de la prestación, por la regla de las bases de cotización reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española.

En virtud de dicha interpretación, la solución para determinar la base reguladora de la pensión en los supuestos de trabajadores con cotizaciones acreditadas en ambos países a lo largo de su vida laboral, había de ser, por tanto, la de tomar en consideración las bases medias o bases ficticias de cotización en el periodo previo al hecho causante de la prestación en el cual la persona interesada prestó servicios en Bélgica, teniendo en cuenta la última categoría profesional ostentada por ella en nuestro país.

Pues bien, apenas tres meses después del citado pronunciamiento, el Tribunal Supremo, en [Sentencia 82/2018, de 1 de febrero \(rec. 3062/2016\)](#), objeto de este comentario, viene a modificar esa tesis jurisprudencial mantenida hasta el momento. Sin cuestionar la regla de la aplicación preferente del convenio bilateral en aquellos casos en los que del mismo se desprenda un trato más favorable para el beneficiario, entiende el tribunal que una «meditada reconsideración de la cuestión –que no es otra que la interpretación que ha de hacerse del art. 19 del Acuerdo de Seguridad Social hispano-belga– ha de llevar a una diferente solución la misma».

Según la literalidad de dicho precepto, 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 periodo 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 periodo de seguro cumplido en dicho país.

Y esto es lo que, según el tribunal, sucede en España, donde, en virtud de lo establecido en el [artículo 209 de la Ley General de la Seguridad Social](#) (en su momento art. 162), la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación se realiza a partir de las bases de cotización correspondientes a un determinado periodo inmediatamente anterior a aquel en que se produce el hecho causante.

³ Siguiendo esa línea jurisprudencial, entre otras, *vid.* [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 2787/2015, de 15 de mayo](#).

Nos encontramos, como decimos, ante una rectificación de la interpretación que nuestro Tribunal Supremo realiza de la regla contenida en el artículo 19 del Acuerdo hispano-belga, entendiendo ahora que, de la literalidad del citado precepto, no puede concluirse sino que en los supuestos en los que el asegurado cotizó primero en nuestro país y posteriormente lo hizo en Bélgica, durante el periodo inmediatamente anterior al hecho causante, las bases de cotización que han de ser tomadas en consideración para determinar la cuantía de la base reguladora de la pensión que deberá abonar la Seguridad Social española han de ser las correspondientes al periodo realmente cotizado en nuestro país, es decir, las «bases reales» o «bases remotas».

Así pues, en virtud de esta nueva interpretación, el Convenio de Seguridad Social entre España y Bélgica no vendría a dispensar, por tanto, un trato más favorable para el asegurado que el previsto en el reglamento comunitario. La determinación de la base reguladora de la pensión ha de realizarse, pues, tal y como establece la norma comunitaria; es decir, tomando como referencia las bases de cotización correspondientes a los salarios reales percibidos por el sujeto durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización en España –debidamente actualizadas, por supuesto–.

Por otra parte, el Tribunal Supremo aprovecha para despejar cualquier duda relativa al argumento empleado por la sentencia impugnada para avalar la aplicación del criterio de las bases medias o ficticias de cotización relativo a la aplicación a supuestos como el enjuiciado de lo previsto en el artículo 4 del Acuerdo provisional europeo sobre los Regímenes de Seguridad Social relativos a la vejez, la invalidez y los sobrevivientes, y en el artículo 3 de su Protocolo adicional de 14 de diciembre de 1953. Según lo previsto en los mencionados instrumentos, cualquier acuerdo relativo a las leyes y reglamentos que se haya concluido o pueda concluirse entre dos o más partes contratantes, se aplicará 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 o reglamento:

La conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición, y concretamente las disposiciones relativas a la totalización de los periodos de seguro y de los periodos equivalentes para el nacimiento y mantenimiento del derecho, así como para el cálculo de las prestaciones.

En virtud de esa previsión, el mencionado acuerdo provisional avalaría, a la hora de determinar –entre otras cuestiones– la cuantía de las prestaciones, la aplicación a los trabajadores españoles que hubieran trabajado en Bélgica de las condiciones más favorables contenidas en otros convenios bilaterales suscritos por nuestro país con otros países adheridos a dicho acuerdo, como es el caso de los anteriormente mencionados convenios firmados con Alemania, Francia, Países Bajos o Reino Unido. Al haber sido interpretados todos ellos, como hemos visto, como amparadores de la tesis de las bases medias de cotización, este sería un argumento más para justificar la aplicación de dicho criterio al supuesto enjuiciado.

Pues bien, el Tribunal Supremo rechaza la aplicación a casos como el enjuiciado del Acuerdo provisional europeo al entender que el mismo fue sustituido por el Convenio europeo de Seguridad Social y el Acuerdo complementario para su aplicación de 1972.

4. TRASCENDENCIA DE LA CUESTIÓN MÁS ALLÁ DEL CASO ENJUICIADO

Es importante tener en cuenta que los efectos derivados del cambio de criterio jurisprudencial que introduce la [Sentencia del Tribunal Supremo 82/2015](#) –que ha sido reiterado posteriormente en [Sentencia 146/2018, de 14 de febrero](#)– trascienden el supuesto concreto enjuiciado en dicho pronunciamiento. Y es que, desde el momento en que una gran parte de los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia de Seguridad Social contienen previsiones similares a la establecida en el Convenio hispano-belga a la hora de regular la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, el ámbito de aplicación del nuevo criterio interpretativo establecido ha de extenderse más allá del mencionado artículo 19 de dicho convenio.

En este sentido, dos son las consecuencias fundamentales que vienen a derivar de esta reinterpretación jurisprudencial: en primer lugar, la misma supone un reforzamiento del principio de contributividad en cuanto implica una mayor aproximación, una correspondencia más directa entre las cotizaciones realmente efectuadas por el/la trabajador/a y la prestación obtenida, característica del ámbito contributivo de la Seguridad Social. Y en segundo lugar, y consecuencia de este fortalecimiento de la relación cuota-prestación, el nuevo criterio jurisprudencial puede, con frecuencia, traducirse también en una minoración de la cuantía de la pensión al calcularse la pensión tomando como referencia las retribuciones correspondientes a periodos antiguos, alejados del momento en que se produce el hecho causante.

Una doble consecuencia esta que, como decimos, afectará de forma general al cómputo de las cotizaciones efectuadas por aquellos/as trabajadores/as que hayan prestado servicios en otros países a la hora de determinar la cuantía de la correspondiente pensión, extendiendo sus efectos más allá del caso concreto enjuiciado.