**Tribunal Supremo Sala 4ª, 4-04-2019 , nº 290/2019, rec. 1288/2017**

Procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina

Pte: Blasco Pellicer, Angel Antonio

ECLI: ES:TS:2019:1291

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 18 de noviembre de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de Ciudad Real dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Por resolución del INSS 11-12-1998, se reconoce al actor una pensión de jubilación, con efectos de 23-9-98, con un porcentaje a cargo de España de 16,43%.

SEGUNDO.- El actor presentó ante el INSS y la TGSS con fecha 2-9-13, solicitud de revisión de la cuantía de la pensión de jubilación migrantil, interesando que se calcule la base reguladora conforme a las bases medias del grupo de tarifa 10, el más bajo, de los quince años inmediatamente anteriores a su jubilación, desde el 1-8-83 hasta el 31-7-98.

TERCERO.- El INSS dicta resolución de fecha 7-11-13, por la que procede a la revisión del expediente de Jubilación que ya tenía concedido, al amparo de los reglamentos comunitarios para modificar el porcentaje de prorrata de los periodos cotizados en España, en aplicación de la ST. del TJCE c-347 (Barreira Pérez), con el detalle que consta en la resolución, con una determinación de la prorrata temporis aplicable a cargo de España de 36,20%, y fecha efectos económicos de 2-6-13 (tres meses de retroactividad con respecto a la solicitud de revisión).

Se deniega el cálculo de la base reguladora, sobre las bases medias de cotización, e igualmente el reconocimiento de la pensión SOVI.

CUARTO.- El actor formula reclamación previa que es desestimada.

QUINTO.- La base reguladora, teniendo en cuenta el periodo de cálculo solicitado por el demandante, sobre las bases medias de cotización durante el periodo de los últimos 12 meses de 1-8-1986 a 31-7-1998, con el desglose que consta en su demanda, que se da por reproducido, asciende a la cantidad de 863,25 euros mensual.

La entidad gestora propone un cálculo sobre las bases mínimas de cotización del periodo de 10 años de 1-9-1988 a 31-8-1998, que asciende a una base reguladora mensual de 400,96 euros".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda formulada por D. Isidro , contra el INSS y TGSS, se reconoce al actor el derecho a percibir con efectos económicos desde el 2-9- 2009, su pensión de jubilación con arreglo a una base reguladora de 863,25 euros mensuales, correspondiendo al INSS una prorrata temporis del 36,20 % de dicha base; y en consecuencia condeno a las demandadas a estar y pasar por tal declaración y a pagar los atrasos devengados en su pago".

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS y la TGSS, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la cual dictó sentencia en fecha 19 de enero de 2017 , en la que consta el siguiente fallo:

"Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación del INSS y la TGSS contra la sentencia dictada el 18-11-15 por el juzgado de lo social nº 1 de Ciudad Real , en virtud de demanda presentada por D. Isidro contra los indicados, y en consecuencia, revocando en parte la reseñada resolución, dejamos sin efecto el pronunciamiento relativo al cómputo de bases medias, y fijamos la fecha de efectos de la solicitud de revisión en el 2-6-13, confirmándola en todo lo demás, y en consecuencia, debemos condenar y condenamos a la administración de la seguridad social a estar y pasar por la anterior declaración, procediendo al cumplimiento del anterior pronunciamiento, que podrá ser concretado, si ello es necesario, en ejecución de sentencia. Sin costas".

Por la representación de D. Isidro 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 Castilla y León, sede de Burgos, en fecha 9 de marzo de 2015 (R. 67/2015 ).

Por providencia de esta Sala se procedió a admitir 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.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de abril de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora, tal como la plantea el recurso, consiste en decidir si la pensión de jubilación de un ciudadano que acredita cotizaciones en España y posteriormente en Suiza debe calcularse teniendo en cuenta las bases medias de los últimos años anteriores a la jubilación o las bases mínimas.

2.- La representación letrada del Sr. Isidro ha formulado el presente recurso de casación unificadora contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 19 de enero de 2017 (rec. 182/2016 ) que revocando en parte la sentencia de instancia dejó sin efecto el pronunciamiento de esta última relativo al cómputo de bases medias y a la fecha de efectos que fijó en 2 de junio de 2013, confirmándola en todo lo demás.

Consta en la sentencia recurrida que por resolución del INSS de 11 de diciembre de 1998, se reconoció al actor, hoy recurrente, una pensión de jubilación, con efectos de 23 de septiembre de 1998, con un porcentaje a cargo de España de 16,43%. Con fecha 2 de septiembre de 2013, solicitó revisión de la cuantía de la pensión de jubilación, interesando que se calculase la base reguladora conforme a las bases medias del grupo de tarifa 10, el más bajo, de los quince años inmediatamente anteriores a su jubilación. El INSS dictó resolución de fecha 7 de noviembre de 2013, por la que procedió a la revisión del expediente de jubilación que ya tenía concedido, para modificar el porcentaje de prorrata de los periodos cotizados en España, en aplicación de la STJCE C-347 (Barreira Pérez), con una determinación de la prorrata temporis aplicable a cargo de España de 36,20%, y fecha efectos económicos de 2 de junio de 2013 (tres meses de retroactividad con respecto a la solicitud de revisión); denegó el cálculo de la base reguladora sobre las bases medias de cotización, e igualmente el reconocimiento de la pensión SOVI. La base reguladora que reclama el beneficiario asciende a la cantidad de 863,25 euros mensuales; la base propuesta por el INSS es de 400,96 euros mensuales.

La sentencia de instancia, revocada parcialmente por la aquí recurrida, estimó la demanda del actor y le reconoció el derecho a percibir con efectos económicos desde el 2 de septiembre de 2009, su pensión de jubilación con arreglo a una base reguladora de 863,25 euros mensuales, correspondiendo al INSS unapro rata temporisdel 36,20 % de dicha base.

3.- La Sala de suplicación, respecto de la cuestión relativa a si para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación debían haberse computado los periodos cotizados durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, como disponía el anexo VI G 4 del Reglamento CEE 1408/71, invocado por la Entidad Gestora (vigente al momento del hecho causante, sin perjuicio de haber sido derogado), o bien los periodos cotizados inmediatamente antes del hecho causante, como se derivaría de manera implícita del Convenio bilateral España-Suiza de 13-10-1969, modificado por el Convenio Adicional de 11-6-1982 (BOE de 28-10-1983), considera que el Reglamento CEE 1408/71, a tenor de su art. 6 , no es aplicable, en cuanto establece que su texto sustituye a los Convenios bilaterales concertados entre Estados miembros, o al menos entre dos Estados miembros y un tercero, esto es, a tratados multilaterales con estados terceros, y el Convenio hispano suizo era estrictamente bilateral. El desplazamiento del referido Convenio bilateral no se produjo hasta que Suiza asumió la aplicación de los instrumentos de la UE en materia de Seguridad Social por la suscripción del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, de fecha 21-6-1999 (BOE de 21-6-2002), en cuyo anexo II sobre coordinación de los Regímenes de Seguridad Social se incluía expresamente como normativa asumida el Reglamento CEE 1408/71. De donde deriva que a la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación del beneficiario (23-9-1998), la única norma aplicable para el cálculo de tal pensión de manera directa y exclusiva, era el Convenio bilateral hispano suizo de 1969, que imponía el cómputo de los periodos de cotización en los términos solicitados por el demandante y reconocidos en la instancia.

Añade que, en cuanto a la admisión del cómputo de las bases medias de cotización en los años considerados, sean cuáles fueran, sin embargo, se está desconociendo en la instancia que en el Régimen Especial Agrario (REA) en el que se reconoció en su día la pensión de jubilación revisada, no existían bases mínimas y máximas, sino una base única por grupo de cotización y una cuota también fija; de acuerdo con el aplicable Convenio bilateral con Suiza, en la versión resultante de 11-6-1982, arts. 13 y 14, se deriva que en el caso de que sea necesario totalizar los periodos cotizados, como ocurre en el supuesto que nos ocupa, se computan las cotizaciones efectivas, y solo en el caso de que los periodos considerados se hayan cumplido bajo la legislación suiza, entonces se ordena considerar las bases mínimas o, en el caso de autónomos y análogos, la cotización sobre la que el trabajador ha cotizado, sin que en ningún caso la base reguladora aplicable pudiera ser inferior al promedio del SMI. Esto es, en la normativa aplicable no se prevé el cálculo de la base reguladora sobre bases medias de cotización en ninguna de las alternativas posibles. Por lo demás, resulta claro que la cotización del extinto REA se basaba en un tipo fijo de cotización aplicado a una base de cotización también fija por categoría, por lo cual no guarda relación de analogía con la cotización del régimen de autónomos, en la que se aplica el tipo a una base de cotización escogida por el propio profesional entre un máximo y un mínimo.

1.- La recurrente aporta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León -sede de Burgos- de 9 de marzo de 2015 (R. 67/2015 ), que estima el recurso de suplicación interpuesto por el actor y, revocando la sentencia de instancia, en reclamación sobre revisión del importe de pensión de jubilación, estima su demanda, declarando su derecho a percibir una pensión del 10,39 % de una base reguladora de 1.552,33 € mensuales más revalorizaciones.

En tal supuesto consta que el trabajador ha prestado servicios en España durante 1.328 días y en Suiza durante 14.795 días, habiéndole sido reconocida pensión de jubilación por resolución del INSS de 7-10-2010 con porcentaje a cargo de España: 10,39, pensión básica inicial mes: 1,82 €; pensión total con mejoras mes: 47,42 €; el periodo computado de bases de cotización a efectos del cálculo de la base reguladora, fue el comprendido entre el 1-7-1949 al 30-6-1964, correspondiente a los 15 años anteriores a la emigración. El actor solicita se declare que procede revisar la cuantía de la pensión de Jubilación que percibe, elevando la base reguladora de la misma a la cantidad de 1.536,26 € mensuales (teniendo en cuenta el periodo de cálculo solicitado por él, bases próximas de 15 años anteriores al hecho causante, y las bases medias de cotización), condenando a los Organismos demandados a abonarle el 10,39% de esa base, con efectos desde el 8-5-2010 y, subsidiariamente, desde el 4-9-2013.

En instancia se desestimó la demanda, sentencia revocada en suplicación para reconocer el derecho a una pensión del 10,39% de una base reguladora de 1.552,33 euros mensuales, efectos de 04-09-2013, calculada teniendo en cuenta las bases próximas (15 años anteriores al hecho causante) y las bases medias. Argumenta la Sala que el cálculo de la base reguladora de la prestación debe hacerse a partir de las bases medias de cotización correspondientes a los últimos 15 años anteriores al hecho causante, pues los trabajadores emigrantes no deben sufrir una reducción de la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social por el hecho de haber ejercitado la libre circulación de trabajadores, debiéndose aplicar el Convenio Bilateral sobre el Reglamento Comunitario cuando las condiciones son más beneficiosas para el trabajador.

2.- A diferencia del supuesto contemplado en la STS de 13 de febrero de 2019 (Rcud. 619/2017 ), aquí no es posible apreciar la contradicción pues existen diferencias que impiden estimar la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 219 LRJS y que podrían justificar las respuestas de cada una de las sentencias. En efecto, en primer lugar, en la sentencia recurrida el hecho causante de la pensión de jubilación tiene lugar el 23 de septiembre de 1998, siendo dicho extremo especialmente relevante pues la sentencia recurrida considera que en dicha fecha la única norma aplicable para el cálculo de la pensión era el Convenio bilateral España-Suiza de 13-10-1969, modificado por el Convenio Adicional de 11-6-1982 (BOE de 28-10-1983), y no el Reglamento CEE 1408/71, ya que el desplazamiento del referido Convenio bilateral solo se produce cuando Suiza asume la aplicación de los instrumentos de la UE en materia de Seguridad Social por la suscripción del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, de fecha 21-6-1999 (BOE de 21-6-2002). Mientras que en la sentencia de contraste la fecha de efectos de la prestación se sitúa en el 8-5-2010 (el actor nace el 1-6-1942), no constando, obviamente, un debate similar.

En segundo lugar, el actor de la sentencia recurrida percibe pensión con cargo al REA, siendo la cotización a dicho Régimen Especial efectuada en su día distinta de la que correspondía al Régimen General y de la que correspondía al RETA. En efecto, entre otras diferencias, concurre la muy relevante consistente en que en el REA no existían bases mínimas y máximas, sino una base única por grupo de cotización y una cuota también fija y no consta que la pensión del actor de la sentencia de contraste fuera reconocida en el REA, por lo que tampoco en la sentencia de contraste se razona sobre la cuestión de la inexistencia de bases mínimas y medias.

Las diferencias descritas impiden la existencia de la identidad sustancial de hechos y fundamentos que requiere la contradicción y justifican, sobradamente, las diferencias en las resoluciones de las sentencias comparadas. Por ello, oído el Ministerio Fiscal, procede en este trámite la desestimación de la demanda y confirmación de la sentencia recurrida. Sin costas.

FALLO

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

:

1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Isidro , representado y asistido por el letrado D. Manuel Mora Blanco,

2.- Confirmar la sentencia dictada el 19 de enero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el recurso de suplicación núm. 182/2016 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ciudad Real, de fecha 18 de noviembre de 2015 , recaída en autos núm. 57/2014, seguidos a instancia de D. Isidro , frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), sobre Jubilación.

3.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.