

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NSJ055233

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

Sentencia 3977/2016, de 21 de junio de 2016

Sala de lo Social

Rec. n.º 858/2015

SUMARIO:

Jubilación. Cómputo de cotizaciones y cálculo de la pensión de los trabajadores migrantes. Régimen Especial de Trabajadores del Mar. *Trabajador que habiendo cotizado en España al RGSS y al RETA, desarrolla posteriormente su vida laboral en diversas embarcaciones con pabellón de Bélgica.* Para el cálculo de la base reguladora el Tribunal Supremo admite la tesis de las bases remotas, pero también la posibilidad de aplicar otras reglas de actualización y la aplicación de un convenio bilateral más favorable. Como consecuencia de la «cláusula de nación más favorecida», los trabajadores que hubieran prestado servicios en Bélgica tendrán derecho a beneficiarse de las condiciones más beneficiosas en relación al cálculo de las prestaciones que estuvieren contenidas en otros convenios bilaterales suscritos por España con otros países adheridos al Acuerdo Provisional Europeo sobre los Regímenes de Seguridad Social relativos a la Vejez, Invalidez y los Sobrevivientes y su Protocolo Adicional. **Fecha de efectos.** Se considera al trabajador migrante en situación de alta de su pensión de jubilación en España con efectos a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que presentó su solicitud. [Vid. STS de 1 de febrero de 2018, rec. núm. 3062/2016 (NSJ058511), que casa y anula esta sentencia].

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 43.1 y 164.

Resolución de 24 de febrero de 1984 (Acuerdo Provisional Europeo sobre los Regímenes de Seguridad Social relativos a la Vejez, Invalidez y los Sobrevivientes), art. 3.

PONENTE:*Doña Pilar Yebra-Pimentel Vilar.*

Magistrados:

Don EMILIO FERNANDEZ DE MATA

Doña PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR

Doña ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2010 0003172

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000858 /2015 MCR

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0001499 /2010

Sobre: JUBILACION

RECURRENTE/S D/ña Luciano (SUCESOR PROCESAL Enriqueta)

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL: CANDIDO SANISIDRO LOPEZ

RECURRIDO/S D/ña: INSTITUTO SOCIAL MARINA, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMA. SRA. D. ROSA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ILMO. SR. D. EMILIO FERNANDEZ DE MATA

ILMA. SRA. D. PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

En A CORUÑA, a veintiuno de Junio de dos mil dieciséis.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0000858 /2015, formalizado por el/la graduado social D/Dª CANDIDO SANISIDRO LOPEZ, en nombre y representación de Luciano (SUCESOR PROCESAL Enriqueta), contra la sentencia número 368 /14 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0001499 /2010, seguidos a instancia de Luciano (SUCESOR PROCESAL Enriqueta) frente a INSTITUTO SOCIAL MARINA, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

D/Dª Luciano (SUCESOR PROCESAL Enriqueta) presentó demanda contra INSTITUTO SOCIAL MARINA, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 368 /14, de fecha ocho de Septiembre de dos mil catorce

Segundo.

En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

Primero. El demandante, nacido el NUM000 /1944, ha trabajado en España de forma discontinua, acreditando cotizaciones al Régimen Especial del Mar, durante el periodo comprendido entre los años 1961 y 1963 por un total de 522 días. Asimismo, acredita periodos de seguro como trabajador del Régimen General durante los años 1966 y 1974 por un total de 2.206 días.

Segundo. A continuación prestó servicios en Bélgica a bordo de diversas embarcaciones con pabellón de ese país, por el periodo comprendido entre los años 1970 y 1996, acreditando un total de 10.050 días.

Tercero. Hasta el 30/10/1999 percibe una prestación temporal a cargo de dicho Estado, percibiendo, a partir del 01/11/2009 - primer DIA del mes siguiente al cumplimiento de los 65 años de edad la Pensión de Jubilación correspondiente al Sistema de Seguridad Social de Bélgica.

Cuarto. El actor presentó solicitud de Pensión de Jubilación en España la cual ha sido tramitada al amparo de los Reglamentos Comunitarios y reconocida, entre otros, en los siguientes términos: base reguladora, 2709 €; porcentaje aplicable, 100%; pensión teórica, 27,09 €; prorratea temporis, 25,27%; pensión básica, 6,85€ y fecha de efectos, 27/01/2010.

Tercero.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por don Luciano, siendo su sucesor procesal doria Enriqueta, y declarar que el actor tiene derecho a pension de jubilación calculada con arreglo al REMAR y a cargo del ISM del 100% de la base reguladora de 1.476,59 euros, prorratea temporis a cargo de España del 39,92% y fecha de efectos de 27 de enero de 2.010, desestimando la demandada en todos los demos pedimentos.

Cuarto.

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Luciano (SUCESOR PROCESAL Enriqueta) formalizándolo posteriormente. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

Quinto.

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en este T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 18/2/15.

Sexto.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 21/6/16 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Frente a la sentencia de instancia que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D Luciano, siendo su sucesor procesal, D^a Enriqueta y declaro que el actor tiene derecho a pensión de jubilación calculada con arreglo al REM y a cargo del ISM del 10% de la base reguladora de 1.476,59 euros, prorrata temporis a cargo de España del 39,92% y fecha de efectos de 27 de enero de 2010, desestimando la demanda en todos los demás pedimentos ; Si bien por Auto de aclaración se acordó aclarar la sentencia en el sentido de fijar la base reguladora de la prestación en 27,90 euros .

Se alza en suplicación la Representación legal de D^a Enriqueta, sucesora procesal de D.^o Luciano, interponiendo recurso en base a tres motivos, correctamente amparados en los apartados a), b) y c) del artículo 193 de la LRJS, pretendiendo en el primero la reposición de los autos al momento anterior a dictarse sentencia por haberse infringido el artículo 24 de la CE e interpretación errónea del artículo 267.1 de la LO 6/1985 del poder judicial en relación con el artículo 214 de la ley 1/2000 de 7 de enero de LEC. En el segundo pretende la revisión factica y en el último de los citados denuncia infracciones jurídicas.

Segundo.

La recurrente en el primer motivo del recurso, correctamente amparado en el apartado a) del artículo 193 de la LRJS pretende la reposición de los autos al momento anterior a dictarse sentencia por infracción del artículo 24 de la CE e interpretación errónea del artículo 267 de la Ley orgánica 6/1985 de 1 de julio en relación con el artículo 214 de la ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento civil .alegando en esencia que tras dictarse sentencia se dictó auto de aclaración en el que en base al artículo 267 de la LEC se acuerda aclarar la sentencia en el sentido de fijar la base reguladora de la prestación en 27,09 euros, y estima que además del error de transcripción contenido en el fundamento de derecho del auto, al basarse en el artículo 267.1 de la LEC cuando probablemente debe ser el art 267 de la LOPJ o el art 214 de la LEC, lo cierto es que excede de los límites de la aclaración establecida en los preceptos denunciados como infringidos .y la vía correcta para la demandada para subsanar el error seria acudir en suplicación ante la sala de este Tribunal superior de justicia .

Para que prospere la petición de nulidad de actuaciones no solo ha de examinarse la infracción cometida sino también si se ha producido una indefensión de la parte que invoca la nulidad, entendida ésta como un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción. Así pues para apreciar tal vulneración y estimar la pretensión de nulidad es necesario: a) Que se haya infringido una norma procesal; b) Que se cite por el recurrente el precepto que establece la norma cuya infracción se denuncia; c) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma, pidiendo la subsanación de la falta, con el fin de que no pueda estimarse consentida d) Que el defecto no sea invocado por la parte que lo provoca, pues sólo el perjudicado puede denunciar el defecto y e) Que la infracción de la norma procesal haya producido indefensión (ex art. 24.1 CE)

A la vista de tal doctrina es evidente que la petición de nulidad no prospera ya que:

a) la parte actora alega también la infracción de norma procesal (LOPJ, LEC) y del art 24 de la CE . A tal efecto la alegación de infracción del art. 24 de la CE no es válido dado su carácter programático, debiendo concretar la recurrente las normas procesales que desarrollan el derecho constitucional que se alega como vulnerado. Y alega infracción de norma procesal el artículo 267 de la LOPJ y 217 de la LEC ; pues estima que por error se alude al art 267 de la LEC cuando la alusión debería efectuarse al art 267 de la LOPJ, y es obvio que se trata de un simple error material, pues la alusión es al artículo 267 de la LOPJ .y si bien alega que el auto aclaratorio excede los límites de la aclaración, lo cierto es que la sala estima que no excede de los citados limites, pues se trata de un simple error material o de transcripción y ello por cuanto que en el fundamento de derecho que examina la base reguladora, tanto el periodo regulador como las bases computadas, señala con claridad que la demanda ha de decaer en este punto por los razonamientos vertidos en el fundamento de derecho, pese a lo cual luego por error de transcripción

consigna la base reguladora peticionada en demanda en lugar de la calculada por el INSS, error material que aclara luego por auto posterior y dentro de los límites del artículo 267 de la LOPJ y 217 de la LEC ;

b) Que en todo caso ninguna indefensión, que pudiera provocar la nulidad de la sentencia de instancia se causa a la parte actora.

Tercero.

La parte actora-recurrente en el segundo motivo del recurso, correctamente amparado en el apartado b) del artículo 193 de la LRJS pretende la revisión factica y en concreto solicita las siguientes revisiones:

1- En primer lugar interesa la Modificación del HDP 4 para que en el mismo se añada la fecha de la solicitud de la pensión en España, y así propone adicionar al citado HDP 4 la siguiente fecha " El actor presento solicitud de pensión de jubilación en España el 26 de enero de 2010, la cual y fecha de efectos,27/1/2010" la cual tiene su apoyo en la documental obrante a los folios 53 a 58 de los autos y es trascendente a efectos de determinar la fecha del hecho causante y los efectos económicos de la prestación, una de las cuestiones de debate.

2- En segundo lugar interesa la Adición de un nuevo HDP que llevaría el ordinal quinto, a fin de que se recojan los salarios por los que ha cotizado el trabajador en Bélgica en los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación, con el siguiente texto :

"QUINTO: El trabajador ha cotizado a la Seguridad Social de Bélgica, en los años inmediatamente anteriores a su jubilación, las siguientes cantidades:

AÑO	BASE	INDICE	ACTUALIZACION
1994	21.594,20	1,298421	28.038,36
1995	24.643,42	1,278510	31.506,86
1996	25.479,20	1,257702	32.045,24
1997	25.815,13	1,241336	32.045,25
1998	26.143,67	1,225737	32.045,26
1999	26.390,40	1,214278	32.045,28
2000	26.886,63	1,191867	32.045,29
2001	27.624,20	1,160042	32.045,23
2002	28.116,63	1,139726	32.045,25
2003	28.525,19	1,123402	32.045,26
2004	28.989,54	1,105406	32.045,21
2005	29.618,28	1,081939	32.045,17
2006	30.142,26	1,063130	32.045,14
2007	30.674,94	1,044668	32.045,13
2008	31.970,45	1,002336	32.045,13"

Tiene su apoyo procesal en la documental obrante a los folios 107, 1 125 y 321 a 328 de los autos y en concreto folio 114 y 327 (resolución de pensión de jubilación en Bélgica a cargo del organismo competente de dicho estado).

De conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo en materia de revisión de hechos probados, tal y como se puede apreciar en la SS.TS 4ª de 18/2/2014 y las que cita de 3/7/2013, (RC 88/11) y 4/5/2013, (RC 285-11) con cita, entre otras de STS 5/6/2011,(RC 158/2010), que fijan los requisitos para la modificación del relato de hechos, tanto en suplicación como en casación, partiendo del carácter extraordinario de estos recursos. Esa doctrina pone de relieve que la revisión de hechos probados exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1.º- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis. 2.º- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. 3.º- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento; y 4.º- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre las más recientes, SSTS 14 mayo 2013 -rcud. 285/2011 - o 17 enero 2011 -rec. 75/2010); doctrina de antiguo recogida en

similares términos en la STS de 25-3-1998 . 5.º- La revisión de hechos no faculta al Tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental o pericial alegada que demuestre patentemente el error de hecho, bien entendido que su apreciación no puede entrañar denegación de las facultades valorativas de la prueba atribuidas al Juzgador "a quo", a quien corresponde, en virtud de lo dispuesto en el artículo 97.2 de la LPL (actual LRJS), apreciar todos los elementos de convicción aportados al proceso y declarar, en función de éstos, los que estime probados. 6.º- No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (STS 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, y 2 de mayo de 1985).

La aplicación de la doctrina expuesta a la revisión fáctica propuesta conlleva la necesidad de examinar separadamente cada una de las revisiones fácticas propuestas .Respecto de la revisión instada en primer lugar, la sala estima que ha de prosperar al apoyarse en documental hábil al efecto y siendo una de las cuestiones debatidas la relativa a la fecha de efectos,es dato esencial que debe constar en el relato factico el relativo a la fecha de solicitud de la pensión de jubilación en España.

Y respecto de la adición interesada en segundo lugar relativa a las cotizaciones del actor en Bélgica en los años inmediatamente anterior a su jubilación y con apoyo procesal en la documental que alega a saber resolución de pensión de jubilación de Bélgica a cargo del organismo competente de dicho estado ; la sala estima que la misma ha de prosperar al apoyarse en documental hábil al efecto y pudiendo resultar trascendente a los efectos de la resolución de las cuestiones planteadas en el presente litis.

Cuarto.

- La recurrente en el último motivo de recurso, amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia infracciones jurídicas, concretamente denuncia en primer lugar, infracción por interpretación errónea del artículo 164 de la LGSS en relación con el artículo 45.5 del reglamento CE 118/97 del consejo de 2 de diciembre de 1996, alegando en esencia que si bien el actor no se hallaba asegurado en España, en la fecha del hecho causante de su pensión de jubilación en Bélgica el 1 de noviembre de 2009, si se hallaba asegurado en Bélgica ;por lo que estima que en estas condiciones habrá de considerarse al trabajador migrante en situación de alta de su pensión de jubilación en España (por aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.5 del reglamento CEE 118/97,y por lo tanto reconocerse los efectos a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se ha presentado la solicitud, como establece el art 167 de la LGSS, en el presente caso el 1 de noviembre de 2009.

.Respecto de ello decir que, en efecto el artículo 45.5 del reglamento CE 118/97 establece que cuando un estado condiciona la adquisición del derecho a que se halle asegurado en la fecha del hecho causante, esta condición se considerara cumplida si se halla asegurado en virtud de la legislación del otro estado ; y dado que el actor hoy recurrente no se hallaba asegurado en España, pero en la fecha del hecho causante de su pensión de jubilación en Bélgica el 1 de noviembre de 2009 se hallaba asegurado en Bélgica, por lo que habrá de considerarse al trabajador migrante en alta a efectos de su pensión de jubilación en España ; y de conformidad con lo establecido en el artículo 164 de la LGSS que establece que el derecho a la pensión de jubilación es imprescriptible si bien sus efectos pueden retrotraerse a los tres meses anteriores a su solicitud en los supuestos de jubilación en situación de alta .

Y de hecho la propia entidad gestora en la resolución resolviendo la reclamación previa señala en relación con la fecha del hecho causante que cuando el requisito del alta o situación asimilada a la del alta se obtiene (como acontece en el supuesto de autos) por el hecho de que otro estado reconozca una prestación por el mismo riesgo, el hecho causante se sitúa en la fecha de efectos económicos de la pensión extranjera, salvo que sea anterior a la fecha de la solicitud, en cuyo caso se aplicara la fecha de la solicitud .

Y teniendo en cuenta que, según las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1995 y también las SSTS 4ª de 25 de marzo de 1993 (RJ 1993/2207) y 7 de julio de 1993 (RJ 1993/5967), y en las más recientes de 8 de marzo de 1.999 (RJ 1999/2751), en la de 18 de marzo del mismo año y en la 11 de octubre de 2.001 (RJ 2.002/1501), se establece que "...el art. 54.1 de la LGSS de 30 de mayo de 1974 -actual artículo 43.1 - establecía de forma general que los efectos económicos del reconocimiento de las prestaciones se producirán a partir de los tres meses anteriores a la fecha en la que se presente la correspondiente solicitud, sin que puedan confundirse dos conceptos diferentes, referente uno de ellos al reconocimiento de la prestación en sí mismo y el otro a la ulterior

rectificación de su cuantía. Cuando ya se ha reconocido la procedencia, en sí, de la prestación, sus efectos iniciales ya han quedado fijados, de tal suerte que si después se pretende y se consigue un aumento de la cuantía, los efectos de este aumento deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho, sin que deba deducirse de una norma que consagra la imprescriptibilidad del derecho y su retroacción máxima a tres meses, la misma limitación en cuanto al contenido económico del derecho ya reconocido anteriormente en cuantía inferior".

En consonancia con la doctrina jurisprudencial que se deja expuesta, cabe señalar que la jurisprudencia viene distinguiendo tradicionalmente entre reconocimiento inicial de las prestaciones y la revisión de la cuantía de la prestación ya reconocida, puesto que si en el primer caso opera el límite temporal de los tres meses, no ocurre lo mismo en el segundo de los supuestos en que, al no poderse hablar ya de pasividad, negligencia o ejercicio tardío del derecho por el interesado, habrá de estarse al límite prescriptivo general de los cinco años.

Al tenerse presentada la solicitud de pensión el 27/01/2010 los efectos habrían de reconocérsele con una retroactividad máxima de tres meses o sea a 1/11/2009

Por todo ello, se acoge en parte la censura jurídica que se dirige contra la resolución impugnada, debiendo dictarse un pronunciamiento revocatorio del recurrido en el relativo a la fecha de efectos de la prestación reconocida.

Quinto.

También con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia la recurrente infracción por interpretación errónea del artículo 162.1 y 140.1 de la LGSS en relación con el artículo 45.1 del reglamento CE 118/97 del consejo relativo a la aplicación de los regímenes de la seguridad social de los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplacen dentro de la comunidad y artículo 14. y 19 del convenio sobre seguridad social suscrito el 28 de noviembre de 1956 entre España Y Bélgica.

Alegando en esencia disconformidad con el cálculo de la base reguladora efectuado por la gestora y en sentencia, y así estima que si bien la gestora computa el periodo durante el cual el actor estuvo prestando servicios en España con las correspondientes revalorizaciones del 1-11-1959 a 31-10-1974, los dos últimos por su base de cotización y los anteriores actualizados ; sin embargo la recurrentes estima que habrán de computarse las bases inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante e integrando con la base mínima durante los meses en que no hubiese existido la obligación d cotizar, tal y como establece los artículos 162.1 y 140.1 de la LGSS pero no para aquellos periodos en que ha trabajado en otros estados miembro de la comunidad europea y cotizando al sistema de la seguridad social de dicho estado, en este caso concreto en Bélgica. Por su parte el artículo 14.4 del convenio bilateral entre España y Bélgica, faculta para tomar en consideración, los salaros percibidos por el trabajador en el otro estado y por lo que ha cotizado al correspondiente sistema de la seguridad social. Trasladando los mismos a España para el cálculo de la base reguladora y dado que habrán de considerarse cumplidos de acuerdo con la legislación española, aplicación de los topes máximos y mínimos para la obtención de las bases de cotización computables.

El actor en demanda estima respecto de la base reguladora que debe aplicarse el convenio bilateral sobre seguridad social con Bélgica y el acuerdo administrativo sobre modalidades de aplicación del convenio de seguridad social de 23 de septiembre de 1969 y estima que se obtiene idéntico resultado con el convenio que con el reglamento, pues habrá de discutirse el método de actualización y/ o revalorización seguido por la demandada y para ello habrá de tenerse en cuenta el apartado 21 de la sentencia Grajera que establece que no procede distinguir entre la actualización de la base de cotización y la revalorización de la cuantía de la pensión .Por lo tanto cabe la posibilidad de actualizar las bases de cotización . Y por otra parte al apartado 23 rechaza el cálculo dela base reguladora aplicando las bases medias para el periodo trabajado en el otro estado y para la profesión ejercida en el mismo.

Y entiende que nada impide tomar la profesión ejercida por el actor en España antes de su emigración, y en función de ella actualizar las bases de cotización que corresponderían a dicho trabajador de no haber emigrado, pero en un periodo regulador reciente, y así en la práctica dada la profesión habitual de marinero del actor antes de su emigración, dados los topes máximos y mínimos vigentes en España en cada momento para el grupo 8 de cotización, durante un periodo regulador reciente, se obtiene una base reguladora de 1.476,59 euros en la fecha del hecho causante :para ello han de computarse las bases medias de cotización vigentes en cada año, para el grupo 8 de cotización, tal y como ha interpretado el TS en numerosas sentencias

De hecho la propia entidad gestora en nota interior obrante en el expediente administrativo efectúa el cálculo de la base reguladora realizada sobre bases medias, con fechas de hechos causantes de 1-11-2009 y 26-01-2010

; tomando como periodo de cálculo del 1-11-1994 a 31-10-2009 y resulta una base reguladora de 1476,50 que es la reclamada por el actor ;

Pues bien respecto de esta cuestión la sala estima que ha de seguirse el criterio señalado por sentencia de esta sala de fecha 8 de mayo de 2015 al resolver recurso de suplicación número 2397/2013 la cual señala respecto del cálculo de la base reguladora también en un supuesto de trabajador que había prestado servicios en España y Bélgica y en el que se invocaba la aplicación del convenio Hispano Belga de seguridad social para el calculo de la base que : "... Ciertamente, a raíz de la STJUE de 17 de diciembre de 1998, Caso Grajera Rodríguez, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de marzo de 1999, RCU 2062/1996, admite la tesis de las bases remotas, aunque se apuntan, en consonancia con la sentencia resolutoria de la cuestión prejudicial, dos matizaciones: la posibilidad de aplicar otras reglas de actualización y la posibilidad de aplicar un convenio bilateral más favorable. Y es aquí donde surge la cuestión interpretativa de si el Convenio Hispano Belga de Seguridad Social, de 28 de noviembre de 1956, BOE de 13.5.1958, tiene alguna regla más beneficiosa a los efectos de desplazar la aplicación del apartado D.4.a) del Anexo VI del Reglamento Comunitario 1408/71/CEE.

Aunque es cierto que no existe ninguna sentencia donde, como ratio decidendi, se haya sentado doctrina unificada sobre si al convenio hispano belga se le aplican las bases medias, también es cierto que en la STS de 15 de septiembre de 2010, RCU 4056/2009, con cita de la STS de 11 de octubre de 2001, RCU 1115/2001, se afirma literalmente lo siguiente: "en una y otra fase jurisprudencial [antes y después de la STJUE 17/12/1998], la Sala ha acudido -si bien con argumentación no siempre coincidente- a la doctrina de las bases medias en la aplicación de los siguientes Convenios bilaterales: a) Respecto de Italia, el pronunciamiento se ha hecho en la STS 11/10/2001 [RCU 1115/2001], si bien en el caso se excluyen las bases medias y se aplican las bases remotas, por no haberse alegado precepto alguno más favorable del CHI. b) Para Bélgica, se llega a la citada conclusión en la STS 30/9/1999 [RCU 4300/1998]". En efecto, la STS de 30 de septiembre de 1999, RCU 4300/1998, que sigue la STS de 9 de marzo de 1999, RCU 2062/1996, aplica las bases remotas porque no se alegó convenio más beneficioso, dejando abierta la posibilidad de aplicar el convenio hispano belga si este es más beneficioso.

Y, a juicio de la Sala, lo es el convenio hispano belga pues, de conformidad con el párrafo 5 de su artículo 14, "(cada organismo) determinará el importe de la prestación a que el interesado tendría derecho si todos los periodos de seguro totalizados se hubiesen cumplido exclusivamente bajo su propia legislación y reducirá este importe a prorrata de la duración de los periodos cumplidos bajo dicha legislación". Como se puede observar, el texto es reproducción casi mimética del artículo 24.1.b) del Convenio con los Países Bajos, donde se dice que la correspondiente Institución determinará "la cuantía de la prestación que correspondería al interesado si todos los periodos de seguro, totalizados de acuerdo con las normas a que se refiere el artículo anterior, se hubieran cumplido, exclusivamente, bajo su propia legislación". De este modo, no parece deba introducirse distingo entre la interpretación que le debemos dar al convenio hispano belga y la que, favorable a la aplicación de las bases medias, el Tribunal Supremo le ha dado al convenio hispano holandés, argumentado que este convenio contiene "una remisión genérica al ordenamiento español de la Seguridad Social, en el cual, de acuerdo con jurisprudencia consolidada, las cotizaciones teóricas incorporadas a la base reguladora de las pensiones españolas han de referirse a cotizaciones medias" - SSTS de 28 de mayo de 2002, RCU 2838/2001, de 30 de septiembre de 2002, RCU 223/2002, o de 21 de octubre de 2002, RCU 276/2002, entre otras-.

Interpretación de aplicación de las bases medias que viene ratificada adicionalmente por el hecho de que España, lo mismo que Bélgica, ha ratificado el Acuerdo Provisional Europeo sobre los Regímenes de Seguridad Social relativos a la Vejez, Invalidez y los Sobrevivientes y su Protocolo Adicional, BOE de 21.3.1984, alcanzado en el marco del Consejo de Europa, en cuyo artículo 4 se dice que "cualquier acuerdo relativo a las leyes y reglamentos a que se refiere el artículo 1 (a saber, todas las leyes y a todos los reglamentos vigentes el día de la fecha de la firma, o que puedan entrar en vigor ulteriormente en cualquier parte del territorio de las partes contratantes y que se refieran, entre otras, a las prestaciones por vejez) que se haya concluido o pueda concluirse entre dos o más partes contratantes, se aplicará, sin perjuicio de las disposiciones del artículo 9 (se refiere a las reservas que pudiera haber formulado cualquiera de los Estados firmantes, no existiendo ninguna aplicable al caso cuestionado en autos) 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 y reglamentos ... b) 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". Se trata de una "cláusula de nación más favorecida", tan típica en el derecho convencional internacional, en virtud de la cual -y en lo que ahora interesa- los trabajadores españoles que hubieran

prestado servicios en Bélgica tendrán derecho a beneficiarse de las condiciones más beneficiosas en relación -entre otras cuestiones- al cálculo de las prestaciones que estuvieren contenidas en otros convenios bilaterales suscritos por España con otros países adheridos al Acuerdo Provisional Europeo sobre los Regímenes de Seguridad Social relativos a la Vejez, Invalidez y los Sobrevivientes y su Protocolo Adicional, entre los cuales, además de Holanda, se encuentran Alemania, Francia o Reino Unido, cuyos convenios con España han sido interpretados de manera uniforme por el Tribunal Supremo como textos amparadores de la tesis de bases medias..."

Y aplicando el criterio contenido en la citada sentencia al supuesto de autos, con el que guarda una igualdad sustancial, procede la estimación del recurso .

En consecuencia.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D^a Enriqueta, sucesora procesal de D.^o Luciano, contra la sentencia de fecha 8 de septiembre de 2014 dictada por el juzgado de lo social n.º 2 de Santiago de Compostela en los autos n.º 1499/2010 seguidos a instancias del actor y como sucesora procesal su esposa contra Instituto social de la marina la sobre Jubilación debemos declarar y declaramos que la base reguladora de la pensión de jubilación asciende a 1476,59 euros, y la fecha de efectos es la de 1/11/2009, condenando a la demandada a estar y pasar por eta declaración .

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de este T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el n.º 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al n.º del recurso y dos dígitos del año del mismo .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 37 **** ++).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.