

TRIBUNAL SUPREMO  
**SALA DE LO SOCIAL (en Unificación de Doctrina)**

Recurso Num.: /276/2002

Excmos. Sres.:

D. Aurelio Desdentado Bonete  
D. José María Botana López  
D. Juan Francisco García Sánchez  
D. Joaquín Samper Juan  
D. Arturo Fernández López

---

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Octubre de dos mil dos. Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos, de una parte, por el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, representado por el Procurador Sr. Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla, y, de otra, por D<sup>a</sup>. MARÍA S. representada por el Procurador Sr. Torres Alvarez, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 14 de Diciembre de 2001, en el recurso de suplicación n<sup>o</sup> 4812/98, interpuesto frente a la sentencia dictada el 17 de Septiembre de 1998 por el Juzgado de lo Social n<sup>o</sup> 2 de Santiago de Compostela, en los autos n<sup>o</sup> 341/98, seguidos a instancia de la mencionada Sra. S. contra el también referido Instituto, sobre pensión de jubilación.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos, el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, representado por el Procurador Sr. Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla, y D<sup>a</sup>. MARÍA S. representada por el Procurador Sr. Torres Alvarez.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JUAN FRANCISCO GARCÍA SÁNCHEZ

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El 14 de Diciembre de 2001 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social n<sup>o</sup> 2 de Santiago de Compostela, en los autos n<sup>o</sup> 341/98, seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. MARIA S. contra el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, sobre pensión de jubilación. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia es del tenor literal siguiente: "Que, con estimación del recurso de suplicación, planteado por el Instituto Social de la Marina, y con estimación parcial del formulado por Doña María S., contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social n<sup>o</sup> 2 de Santiago, en fecha 17 de septiembre de 1998; y con revocación de su fallo; debemos desestimar y desestimamos la demanda, formulada por la citada Doña María S. Santiago, excepto en el extremo relativo a que procede incluir las "cotizaciones ficticias", efectuadas en España, en el cálculo de la pensión efectiva, que correspondía abonar a dicho Estado al fallecido Don Andrés G.; condenando al Instituto Social de la Marina a estar y pasar por esta declaración; y absolviéndole de las restantes peticiones del escrito inicial".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 17 de Septiembre de 1998, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- El Sr. G., nacido el 20 de junio de 1931, solicitó del Instituto Social de la Marina, en fecha 27 de julio de 1995, la pensión de jubilación con arreglo a los Reglamentos Comunitarios, que le fue reconocida en los siguientes términos mediante Resolución dictada el 24 de junio de 1997: 100% de la Base Reguladora de setecientos sesenta y seis pesetas (766 ptas.) mensuales, prorrateada temporis con cargo a España del 31,21 % y fecha de efectos 21 de junio de 1996. ...2º.- El actor acredita cotizados en España, afiliado al Régimen Especial del Mar de la Seguridad Social 3.986 días comprendidos entre el 26 de junio de 1947 y el 20 de junio de 1960. Además, en Holanda cotizó un total de 10.446 días comprendidos en diferentes periodos entre el 1 de noviembre de 1963 y el 19 de junio de 1996. ...3º.- La Base Reguladora de la prestación interesada asciende a ciento treinta mil ciento cuatro pesetas (130.104 ptas), calcula conforme a las bases medias de cotización de las mensualidades inmediatamente anteriores al cese en la actividad laboral. ...4º.- Planteada reclamación previa en vía gubernativa el 4 de agosto de 1997, fue desestimada mediante Resolución de 5 de marzo de 1998.

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que estimando como estimo, parcialmente, la demanda interpuesta por D<sup>a</sup>. MARIA S. contra el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, debo declarar y declaro que el actor tiene derecho a una pensión de jubilación del 100% de una Base Reguladora de ciento treinta mil ciento cuatro pesetas (130.104 ptas.) mensuales, 31,21% de prorrateada temporis con cargo a la Seguridad Social española y fecha de efectos de 21 de junio de 1996, condenando a dicho Instituto a estar y pasar por dicha declaración y al pago de la prestación en los términos indicados en esta Sentencia, sin perjuicio de las mejoras y revalorizaciones correspondientes".

TERCERO.- El Procurador Sr. Torres Alvarez, mediante escrito de 1 de Febrero de 2002 formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alegan como sentencias contradictorias con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de Marzo de 1999; la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de Enero de 1992; la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de Marzo de 1994 y las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fechas: 13 de Febrero de 2001, 28 de Julio de 1999 y 11 de Febrero de 2000. SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 162.1 y 140.1 de la L.G.S.S., en relación con el art. 45.1 del Reglamento CEE 1408/71 del Consejo, de 14 de junio y del art. 24.1.b) del Convenio y Protocolo Anejo de 5 de febrero de 1974 sobre Seguridad Social suscrito entre España y Holanda.

El Procurador Sr. Ruiz de Velasco, mediante escrito de 8 de Febrero de 2002 formuló recurso de casación para la unificación de doctrina en el que PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 9 de Octubre de 2000. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 1,r), art. 46.2 p.a) y b) del Reglamento 1408/71, CEE en su redacción actual, del art. 4 de la Orden de 17 de noviembre de 1983, en relación con el Decreto 2309/70, de 23 de julio, y con el punto 3 del art. 37 del Decreto 2864/74, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes 116/69 de 30 de diciembre y 24/72, de 21 de julio, por el que se aprueba el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 14 de Febrero de 2002 se tuvo por personado a los recurrentes y por interpuestos los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- En la mencionada providencia se concedió al recurrente Sr. Torres Alvarez un plazo de 10 días para que eligiera, entre las sentencias que invoca, una por cada materia de contradicción alegada, con la advertencia de que de no hacer dicha elección se entenderá que opta por la más moderna. La parte designó como sentencia de contradicción la dictada en fecha 28 de Julio de 1999 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar los recursos PROCEDENTES, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 15 de Octubre de 2002, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A un trabajador nacido el 20 de Junio de 1931 le reconoció el Instituto Social de la Marina (ISM) una pensión de jubilación con efectos iniciales 21 de Junio de 1996 sobre una base reguladora de 766 pesetas mensuales (calculada sobre bases mínimas o remotas) a la que aplicó el porcentaje 100 y prorratea a cargo de España del 31,21 por ciento. El aludido trabajador, que estuvo afiliado al Régimen Especial del Mar de la Seguridad Social, había cotizado en España durante 3.986 días, comprendidos entre el 26 de Junio de 1947 y el 20 de Junio de 1960.

Además, cotizó en Holanda un total de 10.446 días, comprendidos en diferentes períodos entre el 1 de Noviembre de 1963 y el 19 de Junio de 1996.

Fallecido el aludido trabajador, interpuso su viuda demanda, pretendiendo que la base reguladora -en lo relativo al periodo cotizado en Holanda- se calculara sobre bases máximas ( en este caso la base ascendería a 198.741 pesetas) ó, subsidiariamente, sobre bases medias (en cuyo supuesto la base sería de 130.104 pesetas), así como que la prorratea con cargo a España fuera del 37,23 por ciento y la fecha de efectos desde el 20 de Junio de 1996. La demanda fue estimada por el Juzgado únicamente en lo relativo a fijar la base reguladora conforme a bases medias, esto es, en 130.104 pesetas, siendo rechazada en todo lo demás.

Tanto la actora como el Ente gestor ejercitaron sendos recursos de suplicación contra la decisión de instancia, y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó Sentencia el 14 de Diciembre de 2001 estimando el recurso del ISM y también en parte el de la actora, para revocar la resolución combatida y resolver, en su lugar, desestimar la demanda, excepto en cuanto a declarar que, a efectos de prorratea con cargo a España, debían incluirse todas las cotizaciones ficticias contempladas en nuestra legislación.

También la reseñada Sentencia de suplicación ha sido atacada por ambas partes litigantes, al interponer cada una de ellas en su contra un recurso de casación para unificación de doctrina, recursos éstos a los que seguidamente haremos referencia.

SEGUNDO.- El recurso de la actora está apoyando realmente en un único motivo (en el escrito de formalización se le denomina "primero", pero después no se consigna ningún otro), citándose como infringidos los arts. 162.1 y 140.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en

relación con el art. 45.1 del Reglamento CEE del Consejo 1408/1971 de 14 de Junio, y art. 24.1 b) del Convenio y Protocolo Anejo de 5 de Febrero de 1974 sobre Seguridad Social suscrito entre España y Holanda.

Bajo este motivo se comprenden una petición principal y una subsidiaria: la primera consiste en pretender que para el cálculo de la base reguladora de la pensión del causante se compute su salario durante los períodos que trabajó en Holanda, resultando así bases superiores al tope máximo de cotización vigente en España para los trabajadores de su misma profesión y categoría, por lo que, en su opinión, han de ser tenidos en cuenta a este respecto los topes máximos correspondientes a la Seguridad Social española, tal como entendió la Sentencia que cita como referencial, que en este punto es la de la propia Sala de Galicia de fecha 13 de Febrero de 2001, y que realmente es contradictoria con la recurrida en este extremo, por lo que se cumple el requisito de procedibilidad establecido por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), de tal suerte que procede entrar en el estudio y decisión de la cuestión de fondo.

La petición subsidiaria se orienta en el sentido de pretender que la base reguladora se obtenga teniendo en cuenta las bases medias de cotización, citando al respecto como de contraste la Sentencia, también de la propia Sala gallega, de fecha 28 de Julio de 1999 que, efectivamente, así lo resolvió en un caso sustancialmente idéntico, por lo que asimismo ha de calificarse como contradictoria con la recurrida en los términos prevenidos en el citado art. 217 de la LPL.

TERCERO.- Ambas peticiones deben examinarse conjuntamente, y al respecto hay que decir que la doctrina en la materia ya ha sido unificada por esta Sala, que en diversas ocasiones se ha ocupado de supuestos similares al presente. Baste hacer mención, por todas, de nuestra Sentencia -que también cita el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe- de 28 de Mayo de 2002 (Recurso 2838/01), referida a un caso prácticamente idéntico al que nos ocupa, pues la controversia versaba sobre el cálculo de la pensión de jubilación a cargo de la Seguridad Social española (Régimen del Mar) que tenía acreditadas cotizaciones a nuestro sistema de Seguridad Social y también a la Seguridad Social de Holanda y a la de Alemania. Al respecto de lo que aquí tratamos señala esta resolución en su segundo fundamento lo siguiente:

<< Argumenta la parte recurrente en apoyo de su pretensión que el Convenio bilateral de Seguridad Social entre España y los Países Bajos de 5 de febrero de 1974 es de aplicación al caso, y que el art. 24.1.b. de este acuerdo internacional ordena la consideración de las cotizaciones acumuladas por el actor en Holanda (con el tope de las bases máximas españolas) en el cálculo de la base reguladora de la pensión española. Pero este segundo paso del argumento no se puede ni se debe dar. Lo que dice el precepto citado es que la institución que conceda la pensión española ha de calcularla como si los meses de cotización en Holanda “se hubieran cumplido exclusivamente bajo su propia legislación”. No hay en este enunciado mandato de integración o incorporación de las cotizaciones holandesas al cálculo de la pensión española. Sí hay en cambio 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 las cotizaciones medias, y no a las cotizaciones mínimas o a las cotizaciones máximas, de un asegurado que trabaja en España. Esta línea jurisprudencial se inicia en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1993, siendo seguida luego por otras de 3 y 18 de mayo de 1994; 9 de octubre de 1995; 14 de noviembre de 1995; 12 de febrero de 1997; 10, 12, 15 y 16 de marzo de 1999; 17 de diciembre de 1998; 30 de septiembre de 1999; y 7 de diciembre de 1999>>.

En definitiva, procede estimar el recurso de la parte actora, por más que sea únicamente en cuanto a la petición subsidiaria a la que ha quedado hecha referencia.

CUARTO.- El recurso del ISM, en su único motivo, denuncia como infringidos los arts. 1.r) y 46.2, párrafos a) y b) del Reglamento 1408/1971 CEE; art. 4 de la Orden Ministerial de 17 de Noviembre de 1983, en relación con el Decreto 2309/1970 de 23 de Julio y art. 37 del Decreto 2864/1974 de 30 de Agosto, sosteniendo que para el cálculo de la prorrata de pensión a cargo de España no procede computar las cotizaciones ficticias por bonificación que le corresponden al causante. Como resolución de contraste señala nuestra Sentencia de 9 de Octubre de 2001 (Recurso 3629/00), que, ciertamente, es contradictoria con la que se impugna, ya que la expresada referencial decidió no computar las aludidas cotizaciones ficticias por bonificación previstas en la normativa española para el cálculo de la "pro rata temporis" a cargo de España de la pensión de jubilación de un trabajador del mar con cotizaciones en España y en Holanda.

La doctrina correcta es la que se contiene en la reseñada Sentencia de contraste, en el apartado 3 de cuyo tercer fundamento se razona en los siguientes términos:

<< Queda pendiente de resolver si también procederá incluir para el cálculo del porcentaje de pensión a abonar por la Seguridad Social española el período que por bonificación legal se contiene en el Decreto 2309/1970, de 23 de julio, desarrollado por el art. 4 de la Orden de 17 de noviembre de 1983, en cuyos preceptos se halla establecida una rebaja de la edad de jubilación en atención a la naturaleza excepcionalmente penosa e insalubre de determinados trabajos en la marina mercante, conforme a la posibilidad en tal sentido prevista en el art. 161.2 LGSS. En tales preceptos se contiene la previsión concreta de que “el período de tiempo en que resulte rebajada la edad de jubilación del trabajador de conformidad con lo establecido en los artículos anteriores en relación con los correspondientes del Decreto 2309/1970, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión”. En ambos preceptos lo que se dispone es, en definitiva, que quienes se hallen dentro de sus previsiones - y en nuestro caso lo está el demandante - podrán jubilarse a una edad más temprana de lo establecido con carácter general, de conformidad con unos coeficientes reductores de acuerdo con la embarcación en la que se prestaran los servicios profesionales y computando las distintas bonificaciones en atención a diversos períodos de tiempo de acuerdo con criterios prefijados en el art. 2 del precitado Decreto, y que esa jubilación por bonificación no suponga un perjuicio en el cálculo del porcentaje a percibir por jubilación.

Se trata de decidir si esa bonificación de cotizaciones por razón de la actividad desarrollada en atención de la edad debe de incluirse también para la aplicación del prorrateo de pensiones entre la Seguridad Social española y en este caso de la holandesa, a partir de aquella previsión contenida en el art. 46.2 del Reglamento (CEE) 1408/71, según antes se transcribió, teniendo en cuenta que en la hoja de cálculo de la jubilación, llevada a cabo por la Entidad Gestora, al recurrente sí que se le hizo la bonificación de edad para reconocerle el derecho a percibir la prestación pero, sin embargo, no se tuvieron en cuenta aquellas cotizaciones ficticias correspondientes a ese período de cotización.

El problema que aquí se plantea, aunque es parecido al antes visto de las bonificaciones de edad no tiene la misma connotación jurídica que aquél. En efecto, en los autos ha quedado claro que al demandante, que cuando se jubiló tenía 56 años, se le reconoció la prestación de jubilación como si tuviera 64 años, por aplicación de aquella bonificación de cuotas, así como que ese tiempo de bonificación se tuvo igualmente en cuenta para determinar el porcentaje de pensión que le

correspondía percibir, como lo demuestra el hecho de que se le reconociera una pensión en el porcentaje equivalente a un trabajador de 64 años. Por otra parte se trata de cotizaciones completamente ficticias, pues no obedecen a ninguna presunción de realidad como las anteriores, y ni siquiera son anteriores al hecho causante, pues se abonan exclusivamente para el reconocimiento de la prestación y para el cálculo del porcentaje de pensión a percibir. Por lo tanto, a la hora de calcular la pensión teórica con totalización de períodos cotizados en distintos países de la Unión Europea como quiere el art. 46.2 del Reglamento Comunitario, en nada influye aquella bonificación que se requiere. O, lo que es igual, basado todo el sistema de seguridad social comunitario en la necesidad de garantizar la libre circulación de los trabajadores de forma que por el hecho de la emigración no se vean perjudicados en sus derechos - art. 51 del Tratado de Roma, y art. 42 del Tratado de la Unión Europea, a partir del Tratado de Amsterdam, (sentencia Reichling del TJCEE de 9 de agosto de 1994) -, la previsión de bonificación de cuotas en razón del trabajo desarrollado por el demandante no puede aceptarse para la aplicación del prorrateo en cuanto que se trata de una institución ajena a los principios de coordinación comunitarios, puesto que no ha hecho de peor condición al demandante por la circunstancia de haber prestado sus servicios en otros países comunitarios>>>.

QUINTO.- Por consiguiente, procede estimar asimismo el recurso del ISM, lo que comporta que deba ser casada la resolución recurrida, al haberse apartado de la ortodoxia doctrinal, quebrantándola. Asimismo y en cumplimiento a lo dispuesto por el art. 226.2 de la LPL, hemos de resolver conforme a la recta doctrina el debate planteado en suplicación, a cuyo fin procede desestimar cada uno de los recursos de esta última clase que los contendientes ejercieron frente a la decisión del Juzgado y, consiguientemente, confirmar ésta. Sin costas, por no concurrir los condicionamientos que para su atribución contempla el art. 233.1 del invocado Texto procesal.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## F A L L A M O S

Estimamos los recursos de casación para la unificación de doctrina, interpuestos, uno por DOÑA MARÍA S. y el otro por el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA contra la Sentencia dictada el día 14 de Diciembre de 2001 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el Recurso de suplicación 4812/98, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 17 de Septiembre de 1998 pronunció el Juzgado de lo Social número dos de Santiago de Compostela en el Proceso 341/98, que se siguió sobre pensión de jubilación, a instancia de la mencionada señora S. contra el también referido Instituto. Casamos la Sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos, y resolvemos el debate planteado en su día en suplicación, en el sentido de desestimar cada uno de los recursos de esta clase que los expresados litigantes interpusieron contra la Sentencia del Juzgado, la cual confirmamos. Sin costas en ninguno de ambos recursos.

Devuélvase las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.