NACIONES UNIDAS **CCPR**

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Distr.
RESERVADA*

CCPR/C/82/D/988/2001
11 de noviembre de 2004

Original: ESPAÑOL

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS
82º período de sesiones
18 de octubre - 5 de noviembre de 2004

DECISIÓN

Comunicación Nº 988/2001

Presentada por:	Mariano Gallego Díaz (representado por abogado)
Presunta víctima:	El autor
Estado Parte:	España
Fecha de la comunicación:	28 de octubre de 1999 (comunicación inicial)
Referencias:	Decisión del Relator Especial con arreglo al artículo 91 del reglamento, transmitida al Estado Parte el 16 de julio de 2001 (no publicada como documento)
Fecha de aprobación a decisión:	3 de noviembre de 2004

[ANEXO]

* Hecho público por decisión del Comité de Derechos Humanos

Anexo

DECISIÓN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS ADOPTADA DE CONFORMIDAD CON EL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS
-82° PERÍODO DE SESIONES-

respecto de la

Comunicación Nº 988/2001[**]

Presentada por: Sr. Mariano Gallego Díaz (representado por abogado)

Presunta víctima: El autor

Estado Parte: España

Fecha de la comunicación: 28 de octubre de 1999 (comunicación inicial)

El Comité de Derechos Humanos, establecido en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Reunido el 3 de noviembre de 2004,

Aprueba la siguiente:

Decisión sobre admisibilidad

1. El autor de la comunicación es el Sr. Mariano Gallego Díaz, ciudadano español residente en Suiza y nacido el 22 de junio de 1930. Está representado por el abogado Emilio Ginés Santidrián.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El autor, ingeniero de formación, trabajó en España desde el 1º de marzo de 1958 hasta el 10 de septiembre de 1982, fecha en que emigró a Suiza. Durante todo ese período el autor cotizó a la Seguridad Social de España sobre las bases máximas correspondientes a su grupo profesional. Durante su residencia en Suiza, el autor cotizó a la seguridad social de este país hasta su jubilación en 1995. Una vez jubilado el autor, en aplicación del Convenio Hispano-Suizo de Seguridad Social de 1969 y el Convenio Adicional a éste de 1982, los sistemas de seguridad social español y suizo le reconocieron sendas pensiones de jubilación.

[**] Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Sr. Abdelfattah Amor, Sr. Nisuke Ando, Sra. Christine Chanet, Sr. Franco Depasquale, Sr. Maurice Glèlè Ahanhanzo, Sr. Walter Kälin, Sr. Ahmed Tawfik Khalil, Sr. Rajsoomer Lallah, Sr. Rafael Rivas Posada, Sr. Nigel Rodley, Sr. Martin Scheinin, Sr. Ivan Shearer, Sr. Hipólito Solari Yrigoyen, Sra. Ruth Wedgwood, Sr. Roman Wieruszewski y Sr. Maxwell Yalden.

Por aplicación de la regla "*pro rata temporis*" el 70% de la pensión es sufragada por el sistema español y el resto por el suizo[1].

2.2 Para determinar el monto de la pensión española las autoridades de España, en aplicación del artículo 14 del citado convenio adicional bilateral[2], utilizaron la base mínima de cotización aplicable en España a los trabajadores de la misma profesión. Disconforme con dicho cálculo, el autor decidió recurrir a la justicia, al considerar que la base que se le aplicó no debería corresponder a las cotizaciones mínimas de su grupo. Otros factores deberían también tenerse en cuenta, sobre todo el hecho de que hasta el año en que emigró él había cotizado en España con arreglo a las bases máximas de su grupo.

2.3 El 26 de mayo de 1997, el Juzgado de lo Social N° 3 de Madrid desestimó su demanda. Dicha sentencia fue recurrida ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual confirmó la sentencia de primera instancia el 7 de abril de 1998. El autor interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue rechazado el 25 de enero de 1999.

La denuncia

3. El autor alega una violación del artículo 26 del Pacto porque considera que a los trabajadores españoles emigrados a otros países, como Alemania, no se les calcula la pensión sobre las bases mínimas de cotización, con lo que aquélla resulta mayor. Los convenios bilaterales de España con Suiza y Alemania respectivamente dan lugar a un trato injusto y desigual, ya que quien ha cotizado a la Seguridad Social de España el mismo tiempo y la misma cantidad tiene un tratamiento distinto según que haya emigrado a Suiza o a Alemania.

Observaciones del Estado Parte

Observaciones sobre la admisibilidad

4.1 Con fecha 17 de septiembre de 2001 el Estado Parte presentó sus observaciones sobre la admisibilidad de la comunicación, estimando que la misma debería declararse inadmisible.

4.2 El Estado Parte sostiene que si el autor desea plantear ante el Comité su disconformidad con el Convenio Hispano-Suizo debería dirigir la comunicación contra los

[1] El importe de la pensión española era de 62.174 pesetas (373,67 euros) en 1995 y la suiza de 578 francos suizos, ambas por mes.

[2] Artículo 14: "Cuando… la totalidad o parte de los períodos de cotización elegidos por el trabajador para la determinación de la base reguladora de cálculo de la prestación de que se trate hubieran sido cumplidos bajo la legislación suiza, la institución competente española determinará dicha base tomando las bases mínimas de cotización que durante todo aquel período o fracción del mismo hubieran sido aplicables en España a los trabajadores de la misma profesión que la últimamente ejercida por el causante en España". Según el autor, esta disposición fue redactada en una época en la que la base reguladora de la pensión de jubilación era, con arreglo a la legislación española, de dos años de cotización durante el período elegido por el trabajador. Con la promulgación de la Ley Nº 26/1985 la base reguladora pasó a ser de ocho años de cotización durante un período fijo.

dos Estados Partes en el mismo. Al dirigirla sólo contra España, el Comité debería declararla inadmisible con arreglo al artículo 3 del Protocolo Facultativo.

4.3 El Estado Parte sostiene igualmente que la base de la discriminación aducida por el autor es incorrecta, al comparar no dos tratados entre sí sino partes no escindibles de dos tratados, en este caso la parte relativa a la determinación de la pensión por España. Además, Alemania y Suiza son dos Estados distintos, con sus regímenes jurídicos específicos. Ello implica que la celebración de cada tratado se hace en función de las particularidades de los Estados implicados en el mismo Por otra parte, España tiene suscritos convenios bilaterales de seguridad social con varios otros Estados, y cada uno contiene su propia regulación de la cobertura de seguridad social para quienes hayan trabajado en cada uno de dichos países. El autor diferencia sin justificación alguna el Convenio con Alemania de todos los demás. No puede pues alegarse discriminación cuando la distinción es objetiva y razonable, ya que los convenios a comparar ni son escindibles en partes determinadas arbitrariamente, ni son comparables entre sí, pues son distintos los Estados firmantes y, en consecuencia, los supuestos de aplicación. Tampoco se justifica la elección de un convenio como elemento comparativo con exclusión de los demás.

Observaciones sobre el fondo

4.4 Con fecha 15 de enero de 2002 el Estado Parte presentó sus observaciones sobre el fondo de la comunicación.

4.5 El Estado Parte señala que el autor no ha acreditado la suma exacta de sus pensiones de jubilación española y suiza, ni indicado el monto de las pensiones de jubilación española y alemana que le correspondería si se le aplicara el Convenio Hispano-Alemán. Estos datos son necesarios para poder hacer una comparación correcta. Además, reitera que los ciudadanos de un Estado no pueden exigir la aplicación aislada de disposiciones de instrumentos bilaterales o multilaterales sin tener en cuenta el resto del instrumento y de los otros Estados contratantes. La distinción de tratamiento alegada por el autor tiene una justificación objetiva y razonable en la facultad soberana de los Estados para celebrar convenios bilaterales con otros Estados en función de circunstancias por ellos valoradas. En consecuencia, el Estado Parte considera que la comunicación debería considerarse inadmisible por no acreditarse la existencia de una discriminación.

Comentarios del autor

5.1 Con fecha 9 de abril de 2002 el autor respondió a las observaciones del Estado Parte.

5.2 El autor explica que, conforme a la legislación española, un trabajador debe haber cotizado a la Seguridad Social al menos 15 años para poder tener derecho a una jubilación. Además, debe haber cotizado un mínimo de dos años durante los ocho que preceden la edad oficial de jubilación. El monto de la pensión se basa en lo cotizado en los años anteriores a la fecha de la jubilación. Para las personas que se jubilaron el año en que lo hizo el autor se trataba de los ocho años anteriores.

5.3 Cuando una persona que ha trabajado en España emigra y deja de cotizar antes de iniciar el período final de vida laboral que sirve para calcular la pensión, sus cotizaciones anteriores en España, a efectos de ese cálculo, tienen efecto nulo y no son relevantes. Si la

persona emigra a un país con el cual se ha celebrado un convenio de seguridad social se le computa, en virtud de dicho convenio, el tiempo que cotiza en ese país como válido para calcular la pensión en España. El cálculo se hace en estos casos según se determine en cada convenio y varía de un país al otro. España ha celebrado convenios bilaterales de seguridad social con 29 países. Diez de ellos son países miembros de la Unión Europea y esos convenios ya no están en vigor al haber sido sustituidos por las normas de la Unión.

5.4 Según el autor, el hecho de que las leyes españolas de seguridad social no establezcan las mismas normas para el cálculo de la pensión que España debe pagar a todos aquellos que abandonan el país y dejan de cotizar a la Seguridad Social española es el origen de la discriminación de que es víctima. Dicha legislación no contempla la situación de los emigrantes. La misma establece las condiciones para obtener una pensión. Si éstas no se cumplen, y los emigrantes en general no pueden cumplirlas, no se tiene derecho a pensión. Los convenios de seguridad social remedian esta situación, pero sólo en parte.

5.5 Las pensiones que otorga España a sus emigrantes son exclusivamente de su incumbencia, con fondos exclusivamente españoles y con arreglo a la ley española. Al Estado con el que España firma un convenio de seguridad social esto no le afecta en absoluto. Por consiguiente, no hay motivo para que la parte que trata de la determinación de la pensión de jubilación española sea diferente de un convenio a otro. No es eso objeto de discusión con el otro país al redactar el convenio correspondiente. Sería más lógico que todos los convenios se remitieran a una norma nacional concreta para el cálculo de la pensión, norma que no existe en relación con los emigrantes.

5.6 Para determinar la pensión en España de quien no emigra se tiene en cuenta el historial de cotización del trabajador en los últimos años. Esto no ocurre sin embargo en la mayor parte de los convenios bilaterales, al quedar este aspecto indefinido, o bien es objeto de cláusulas que prevén cálculos mínimos en vez de tener en cuenta la cotización real del trabajador. Con el ingreso de España en la Unión Europea se introdujo el siguiente criterio en las prestaciones de jubilación para los emigrantes españoles en países de la Unión: "El cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado inmediatamente anteriores a la última cotización a la Seguridad Social española"[3]. En el Convenio de Seguridad Social de España con México de 1994 se emplea un concepto análogo, el cual está en armonía con los criterios utilizados para el cálculo de la pensión de los trabajadores que se jubilan en España.

5.7 El autor señala que las discriminaciones resultantes de los convenios bilaterales de seguridad social inciden en las pensiones de jubilación en un grado normalmente inferior al que inciden en su caso, por los siguientes motivos:

[3] Anexo IV, parte D, del Reglamento (CEE) N° 1248/92 del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1408/71 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 desplacen dentro de la Comunidad; y el Reglamento (CEE) N° 574/72, por el que se fijan las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) N° 1408/71.

a) Porque los emigrantes que piden la pensión cotizaron bastante menos tiempo en España que él por ser mucho más jóvenes cuando emigraron, lo que incide menos en la pensión;

b) Porque dichos emigrantes salieron de España en un período anterior al del autor y en ese momento las cotizaciones eran más bajas;

c) Porque dichos emigrantes cotizaban en categorías profesionales inferiores y, por tanto, cotizaron mucho menos.

5.8 El resultado es que el autor percibe una pensión mucho más baja de la que le correspondería de no haber emigrado y equivalente a la que le correspondería si hubiese cotizado sólo el 32% de lo que cotizó. Esto no se ve compensado con la pensión suiza, pues al aplicarse la norma *pro rata temporis* y al haber cotizado sólo los últimos años de su vida laboral es también ínfima en su cuantía. Si las bases reales cotizadas por el autor en España hubieran sido, por ejemplo, en los años sesenta, el aplicarle las bases mínimas de ahora significaría un beneficio para él. En su caso, dada la cercanía entre la fecha en que emigró y la fecha de jubilación, las bases mínimas le resultan perjudiciales.

5.9 Según el autor, la aplicación literal del artículo 14 del Convenio bilateral significa desconocer o anular sus derechos adquiridos o en curso de adquisición como trabajador migrante, lo cual es contrario a distintas normas nacionales e internacionales que proclaman el principio de protección de esos derechos[4].

5.10 El autor rechaza la afirmación del Estado Parte de que no ha acreditado la cuantía de su pensión suiza y señala que la misma fue indicada en el recurso de amparo que interpuso ante el Tribunal Constitucional. También mantiene que la determinación de la pensión suiza no se hizo conforme al Convenio bilateral sino conforme a las leyes internas suizas y, al ser correcta, no se discute. En cuanto a la afirmación del Estado Parte de que la comunicación debería dirigirse contra los dos Estados Partes en el Convenio, el autor sostiene lo contrario, teniendo en cuenta que:

a) Suiza no es Estado Parte en el Protocolo Facultativo;

b) La pensión suiza que percibe se ha calculado de manera independiente, conforme al párrafo 1 del artículo 7 del Convenio de 1969, y es la misma que habría percibido un ciudadano suizo, u otros ciudadanos extranjeros trabajando en Suiza, en sus mismas condiciones. El Convenio no prevé especialmente el pago de la parte suiza de la pensión, a diferencia de lo que ocurre con la parte española;

c) Suiza no tiene ninguna competencia en la determinación o el pago de la pensión española ni en los litigios relacionados con esa pensión. Es el Estado español el que da un trato diferente al proponer incorporar a un convenio de seguridad social cuando se redacta, y sin razón alguna, un trato diferente que no está justificado ni objetiva ni racionalmente.

[4] El autor cita el Código Europeo de la Seguridad Social de 1964, el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante de 1977 y los Convenios Nos. 97 y 157 de la Organización Internacional del Trabajo, todos ellos ratificados por España.

5.11 El autor desmiente igualmente haber pretendido que se le aplique el Convenio Hispano-Alemán, como parece sugerir el Estado Parte. Tal Convenio fue citado únicamente para demostrar el trato discriminatorio del que el autor es objeto. El Estado Parte, al determinar de forma distinta las pensiones de jubilación de unos convenios bilaterales a otros y con arreglo a las normas de la Unión Europea, discrimina aleatoria mente a los trabajadores emigrantes. En su opinión, el Estado Parte debería aplicar a las pensiones de jubilación que concede a sus emigrantes en cualquier país del mundo el modo de cálculo que se aplica a las pensiones de sus emigrantes en países de la Unión Europea. El Estado Parte debería también proponer la modificación de sus convenios bilaterales que no calculan la determinación de la pensión de la manera propuesta.

Comentarios adicionales del autor

6.1 Con fecha 12 de agosto de 2003 el autor envió al Comité información sobre nuevos hechos acaecidos desde su carta anterior.

6.2 Según el autor, con fecha 1º de junio de 2002 entró en vigor el Acuerdo Bilateral sobre Circulación de Personas entre la Unión Europea y Suiza, el cual abrió la posibilidad de que el cálculo de su pensión española se hiciera con arreglo a la legislación comunitaria en vez del Convenio Hispano-Suizo. Con ese fin, el autor presentó las solicitudes correspondientes ante los organismos administrativos competentes e interpuso recurso ante el Juzgado de lo Social N° 4 de Madrid, el cual, en sentencia de 11 de abril de 2003, reconoció al autor una pensión de 1.363,06 euros mensuales a partir del 1º de junio de 2002, es decir, tres veces más de la cantidad que venía percibiendo desde 1995. La Seguridad Social de España ha ejecutado dicha sentencia.

6.3 El autor señala haber obtenido satisfacción y no tener nada que reclamar al Estado Parte en lo referente al monto de su pensión a partir del 1º de junio de 2002. Ahora bien, sigue considerándose discriminado, con arreglo al artículo 26 del Pacto, en lo relativo al período transcurrido entre el 1º de julio de 1995 y el 31 de mayo de 2002. Reitera pues las quejas formuladas anteriormente. El autor recuerda que el método de cálculo que se le aplica desde el 1º de junio de 2002, es decir, sobre la base de su cotización real, es el que él reclamó a la Seguridad Social de España, en escrito de 30 de agosto de 1996, y en los sucesivos recursos que presentó.

6.4 El autor reclama igualmente un cambio en la normativa española que permita calcular la pensión de jubilación de todos los emigrantes como se calcula ahora la suya, es decir, con los criterios que se utilizan para los emigrantes a países de la Unión Europea, cualquiera sea el país al que emigraron.

6.5 El Estado Parte no presentó observaciones sobre los comentarios del autor.

Deliberaciones del Comité

7.1 Antes de examinar una denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

7.2 A los efectos del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no se ha sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales y toma nota de que el autor ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. Con respecto al argumento del Estado Parte de que el autor debería dirigir la comunicación también contra Suiza, el Comité señala que el autor no pone en tela de juicio la parte de su pensión que percibe de la seguridad social suiza y que además Suiza no ha ratificado el Protocolo Facultativo. El hecho de que la comunicación esté dirigida únicamente contra España no constituye un obstáculo para su admisibilidad.

7.3 Con respecto a la alegación del autor de que el trato diferente de los trabajadores españoles que emigraron a Suiza, por un lado, y los emigrantes españoles que fueron a otros países, por el otro, constituye una violación del artículo 26 del Pacto, el Comité señala que el autor no ha demostrado que esa distinción se base en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social de esos trabajadores emigrantes. La posición menos ventajosa del autor se debe a que, en lo que respecta al cálculo de la parte española de la pensión de las personas que han trabajado en España y en el extranjero, los acuerdos bilaterales negociados por España no son idénticos. Ahora bien, el mero hecho de que acuerdos distintos sobre el mismo tema concluidos con países diferentes en momentos diferentes sean distintos en su contenido no equivale en sí a una violación del artículo 26 del Pacto. El autor no ha expuesto ningún otro elemento que implique que el artículo 14 del convenio con Suiza es arbitrario. Por lo tanto, el Comité concluye que los hechos expuestos por el autor no plantean ninguna cuestión bajo el artículo 26.

8. En consecuencia, el Comité de Derechos Humanos decide:

a) Que la comunicación es inadmisible con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo;

b) Que la presente decisión se comunique al autor y al Estado Parte.

[Hecho en español, francés e inglés, siendo el español la versión original. Posteriormente se publicará también en árabe, chino y ruso como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General.]