

Versión anonimizada

C-240/19 - 1

Asunto C-240/19

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

20 de marzo de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 2 de Ourense

Fecha de la resolución de remisión:

26 de febrero de 2019

Parte demandante:

FA

Parte demandada:

Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)

Inscrito en el registro del Tribunal de Justicia con el número <u>111.0046</u>
Luxemburgo, el <u>21-03-2019</u>
Fax/E-mail: _____
Presentado el: <u>20/3/19</u>
El Secretario, por orden <i>Leticia Carrasco Marco</i> Administradora

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2

OURENSE

[OMISSIS] [datos del órgano judicial]

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000309 /2017 A /

Sobre ADMON. DEL ESTADO

De D/ña: FA

[OMISSIS]

Contra D/ña: TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

[OMISSIS]

ES

AUTO

En Ourense, a 26 de febrero de 201[9].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D.^a FA se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de fecha 24 de octubre de 2017, de la Dirección Provincial de Ourense de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución sobre Convenio Especial, dictada por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Ourense de fecha 24 de agosto de 2017, por la cual se acordaba desestimar su solicitud de alta en el convenio especial ordinario.

Por interpuesto el expresado recurso se acordó la tramitación de los presentes conforme a las normas del procedimiento ordinario, recabando de la Administración demandada la remisión del correspondiente expediente y emplazamiento de cuantos pudieran estar interesados en el mismo.

Recibido el expediente administrativo, se acordó dar traslado a la parte recurrente a fin de que en el término de veinte días dedujera demanda, lo cual verificó en tiempo y forma, solicitando que se dicte sentencia por la que se sirva elevar la Cuestión Prejudicial al TJUE, en los términos planteados o en aquellos otros que el Juzgado considere más [OR 2] apropiados; subsidiariamente se dicte sentencia por la que se reconozca íntegramente el derecho de la actora a la suscripción del Convenio Especial normal u ordinario con la Tesorería General de la Seguridad Social, revocando el acto administrativo objeto de impugnación, con todos los pronunciamientos legales favorables derivados de dicho reconocimiento.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la Administración demandada, por esta se presentó escrito de contestación a la demanda en [el] que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, consideraba innecesario el planteamiento de una cuestión prejudicial, por lo que terminó solicitando que se dictase sentencia por la que se desestime la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.- *Objeto litigioso***

El objeto del presente litigio radica en determinar si la actora, tiene derecho o no, a cotizar voluntariamente al sistema de la Seguridad Social española a través de la suscripción del Convenio Especial (normal u ordinario) con la Tesorería General de la Seguridad Social.

Del examen de las actuaciones y del expediente administrativo resulta que la actora, de nacionalidad portuguesa y residente en España, acredita un total de

464 meses de cotización a la Seguridad Social alemana entre el tres de septiembre de 1973 y el 31 de diciembre de 2016.

En fecha cuatro de julio de 2017 la Sra. FA solicitó la suscripción del Convenio Especial normal u ordinario.

La Tesorería General de la Seguridad Social, por medio de resolución de fecha 14 de julio de 2017, denegó la suscripción del Convenio Especial de Emigrantes Retornados (que no es lo que se hab[i]a solicitado).

Apreciado dicho error por la Tesorería General de la Seguridad Social con ocasión de la resolución del recurso de alzada, se retrotrajo el expediente administrativo al momento previo al dictado de la resolución y, en su lugar, se emitió una nueva en la cual desestima la solicitud por no considerar aplicables los Reglamentos Comunitarios, sino únicamente la legislación nacional.

[OR 3] Interpuesto recurso de alzada, se resuelve afirmando que la negativa se basa en que la recurrente no acredita cotizaciones a la Seguridad Social española en ningún momento por lo que tampoco puede acceder a un seguro voluntario.

Frente a dicha resolución se tramitó recurso de alzada en el que la parte actora interesó el planteamiento de la cuestión prejudicial, a lo que se opuso la Administración demandada.

SEGUNDO.- Derecho nacional aplicable al asunto

El derecho nacional invocado por la Tesorería General de la Seguridad Social para desestimar la pretensión de la parte recurrente es la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, cuyo artículo 2.2 a) establece que: *«Podrán suscribir el convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social:*

Los trabajadores o asimilados que causen baja en el Régimen de la Seguridad Social en que se hallen encuadrados y no estén comprendidos en el momento de la suscripción en el campo de aplicación de cualquier otro Régimen del Sistema de la Seguridad Social».

Por su parte, el artículo 3.3 de la misma Orden, exige como requisitos para suscribir el convenio especial con la Seguridad Social los siguientes: *«Tener cubierto, en la fecha de solicitud del convenio especial, un período de mil ochenta días de cotización al Sistema de la Seguridad Social en los doce años inmediatamente anteriores a la baja en el Régimen de la Seguridad Social de que se trate.*

3.1 A tales efectos, se computarán las cotizaciones efectuadas a cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social, incluidas las correspondientes a los días-cuotas por pagas extraordinarias, las que hubieren podido realizarse como consecuencia de otro convenio especial para la cobertura de las mismas

prestaciones económicas, las relativas a los días que se consideren como período de cotización efectiva durante el primer año de excedencia o período menor, de acuerdo con la legislación aplicable, por razón del cuidado de cada hijo o de familiar hasta el segundo grado por razones de edad, accidente o enfermedad, así como, en su caso, los días cotizados durante el período de percepción de las prestaciones o subsidios por desempleo y los períodos asimismo cotizados en otro de los Estados Miembros del Espacio Económico Europeo o con los que exista Convenio Internacional al respecto, salvo que la norma [OR 4] especial o el Convenio Internacional prevean otra cosa, siempre que no se superpongan y sean anteriores a la fecha de efectos del convenio especial cuya celebración se solicita».

TERCERO.- Derecho de la Unión

Viene constituido por el REGLAMENTO (CE) n.º 883/2004 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

Dicho reglamento, en su artículo 2.1 dispone que: *«El presente Reglamento se aplicará a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites».*

Por otro lado, y con el fin de salvar las posibles discordancias en esta materia resultantes de las distintas legislaciones nacionales, el artículo 5 señala que: *«Salvo disposición en contrario del presente Reglamento y habida cuenta de las disposiciones particulares de aplicación establecidas:*

b) si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio».

Por su parte, el artículo [6] recoge que: *«Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine:*

- *la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones,*
- *la admisión a una legislación, o*
- *el acceso o la exención del seguro obligatorio, voluntario o facultativo continuado,*

al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica».

Finalmente, y en cuanto a la exigencia de haber estado sujeto en el pasado a la legislación española, se establece en el artículo 14.4 del Reglamento que: *«Cuando la legislación de un Estado miembro supedite el derecho al seguro voluntario o [OR 5] facultativo continuado a la residencia en dicho Estado miembro o a una actividad previa como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, la letra b) del artículo 5 únicamente se aplicará a las personas que en un momento cualquiera en el pasado hayan estado sujetas a la legislación de ese Estado miembro por haber ejercido una actividad por cuenta ajena o propia».*

CUARTO.- Posiciones de las partes

La parte recurrente mantiene la posición de que ha cumplido con la normativa comunitaria y española en lo relativo a las exigencias contenidas en esta para la suscripción del Convenio Especial, y lo hace sobre la base de entender que, con arreglo al Reglamento comunitario, es suficiente con que haya causado baja en el Régimen de la Seguridad Social de un estado miembro, en este caso Alemania, donde acredita más de 1 080 días de cotización en los doce años inmediatamente anteriores.

En consecuencia, considera que no procede exigir que esa cotización previa y baja haya[n] tenido que ser del sistema de la Seguridad Social española, ya que ello iría contra la normativa comunitaria de coordinación que trata de salvar las diferencias entre las distintas regulaciones nacionales haciendo indistinto el lugar en el que se haya cotizado a los efectos de suscripción de un convenio nacional.

Además, no se perjudicar[í]a el equilibrio del sistema de Seguridad Social español porque el Estado español solo tendría que abonar la parte proporcional a las cotizaciones efectuadas a su sistema y no las generadas por la actora en Alemania.

Frente a ello, la Seguridad Social sostiene que no puede accederse a lo solicitado [OMISSIS] al no haberse acreditado cotizaciones a la Seguridad Social española por un periodo de 1 080 días (bien en su totalidad o bien complementado ese período con las cotizaciones efectuadas a la Seguridad Social alemana) en los últimos 12 años inmediatamente anteriores a la baja en el régimen de la Seguridad Social.

Estima que la legislación española exige inexcusablemente ese requisito para acceder al Convenio Especial ordinario, al ser una institución creada exclusivamente para dar continuidad a la cobertura a cargo en la Seguridad Social española, pero no a cargo de la Seguridad Social alemana.

[OR 6] Entiende la Tesorería General de la Seguridad Social que ello supondría que se estaría tratando de la misma forma a quien no ha contribuido al sostenimiento de la Seguridad Social española que a quien sí lo ha hecho, con el potencial gasto que para los respectivos sistemas de la Seguridad Social puede derivarse, más aún en países en los que el movimiento migratorio puede ser más intenso.

QUINTO.- *Motivos para el planteamiento de la cuestión prejudicial*

El objeto del presente procedimiento consiste en determinar si es conforme a Derecho la decisión de la Administración de denegar la solicitud de la actora de cotizar voluntariamente al sistema de la Seguridad Social por no haber acreditado cotizaciones a la Seguridad Social española por un periodo de 1 080 días (bien en su totalidad o bien complementado ese periodo con las cotizaciones efectuadas a la Seguridad Social alemana) en los últimos 12 años inmediatamente anteriores a la baja en el régimen de la Seguridad Social.

La cuestión tiene mucha relevancia en países como España o Portugal, que en los años sesenta y setenta sufrieron un fuerte proceso migratorio hacia el interior de Europa, y que en los últimos años han decidido en un buen número retornar a sus países de origen para pasar en ellos los últimos años, por lo que pueden ser numerosos los supuestos análogos.

En consecuencia, se plantea la cuestión de si debe considerarse el tiempo cotizado en otro sistema de la Seguridad Social y si el mismo debe valorarse, como una ficción, como si hubiese sido en España, a los únicos efectos de permitir la suscripción del seguro voluntario o facultativo continuado.

Por lo tanto, surge la necesidad de aclarar si a un nacional de un Estado miembro de la Unión le es exigible para acceder a un seguro voluntario o facultativo continuado [...] que la baja se haya producido en el régimen de la Seguridad Social de aquel país en el cual se pretende dicho seguro, en este caso España, y si es preciso que el solicitante haya estado sujeto a la legislación española en algún momento y con carácter previo a la solicitud o es suficiente con que haya estado sujeto a la legislación de otro Estado miembro.

FALLO

[OR 7] Primero.- Suspender el procedimiento hasta la resolución del incidente prejudicial.

Segundo.- Plantear al Tribunal de Justicia, al amparo del artículo 234 del Tratado CE, la[s] siguiente[s] cuestión[es] prejudicial[es]:

- a) Cuando una norma nacional, como el artículo 2.2, letra a), de la Orden TAS 2865/2003, exige haber causado baja en un régimen de la Seguridad Social para poder acceder a un seguro voluntario o facultativo continuado: ¿dicha

baja debe haberse producido en un régimen de la Seguridad Social española o, por el contrario, conforme al principio de asimilación de hecho establecido en el artículo 5.b) del Reglamento 883/2004, la institución competente española debe tener en cuenta, como si se hubiese producido en España, una baja en un régimen similar de la Seguridad Social de otro Estado miembro?

- b) Cuando una norma nacional, como el artículo 3.3 de la Orden TAS 2865/2003, exige acreditar periodos de cotización para poder acceder a un seguro voluntario o facultativo continuado: ¿es necesario que el interesado haya estado sujeto a la legislación española en algún momento del pasado o, conforme al artículo 6 del Reglamento 883/2004, la institución competente española debe tener en cuenta los periodos de cotización cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro como si se tratase de cotizaciones cubiertas en España?

Notifíquese el presente auto a las partes haciéndoles saber que contra el mismo no cabe recurso ordinario alguno.

[OMISSIS]

Así lo acuerda, manda y firma [OMISSIS] [el] Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 2 de Ourense.

[OR 8] [OMISSIS]

[OR 9] [OMISSIS] [subsanción de errores relativos a la fecha del auto]