

# LAS COTIZACIONES FICTICIAS POR EDAD PARA CALCULAR EN ESPAÑA EL IMPORTE PRORRATEADO DE UNA PENSIÓN COMUNITARIA DE JUBILACIÓN?\*

Alberto Arufe Varela

SUMARIO: I. Introducción.- II. Planteamiento del caso Barreira Pérez.- III. Estado de la cuestión en el Derecho interno español.- IV. Solución del caso Barreira Pérez.- V. Incidencia del caso Barreira Pérez en pensionistas actuales de jubilación.

## I. INTRODUCCIÓN

1. Como se sabe, la norma «base en materia de seguridad social comunitaria»<sup>1</sup> —en especial, respecto del cálculo de prestaciones causadas con arreglo a las legislaciones de varios Estados miembros— es el Reglamento 1408/1971, de 14 junio<sup>2</sup>, 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 desplazan dentro de la Comunidad; Reglamento cuya redacción enrevesada —en ocasiones, «verdaderamente endiablada»<sup>3</sup>— ha venido provocando la intervención no sólo de los juzgados y tribunales laborales españoles aplicando ellos directamente sus preceptos, sino también del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) a través del instrumento de la cuestión prejudicial, susceptible de ser utilizado por cualquier órgano jurisdiccional español en caso de dudas interpretativas sobre la aplicación del citado Reglamento —según lo dispuesto hoy en el artículo 234 del Tratado de la Comunidad

---

\* Texto base de la conferencia dada en la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de Ferrol, Universidad de A Coruña, con ocasión del Acto Académico de Despedida de su Sexta Promoción (2000-2003), el día 27 de junio de 2003.

1 M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª ed., Civitas (Madrid, 2002), págs. 435-436.

2 DO L 149 de 5 julio 1971, pág. 2. Véase hoy su versión modificada y actualizada por el Reglamento 118/1997, de 2 diciembre 1996 (DO L 28 de 30 enero 1997, pág. 1). Como afirman ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, «con posterioridad a éste se han realizado nuevas reformas por los Reglamentos 1290/1997, de 27-VI; 1223/1998, de 4-VI, y 1606/1998, de 29-VI, que incluye a los regímenes especiales de funcionarios; 307/1999, de 8-II, que incluye a los estudiantes; 1399/1999, de 29-IV; 89/2001, de 17-I; 1386/2001, de 5-VI, y 410/2002, de 27-II» (cfr. sus *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª ed., cit., pág. 436, nota 94).

3 Cfr. J. MARTÍNEZ GIRÓN y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, «Seguridad Social Internacional del Mar», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIII (1997), pág. 357.

Europea<sup>4</sup>— y «si estima necesaria una decisión al respecto [del TJCE] para poder emitir su fallo»<sup>5</sup>.

De los problemas jurídicos que plantea el contenido del Reglamento 1408/1971 somos testigos cualificados en Galicia, habida cuenta del numeroso contingente de emigrantes que solicita una pensión contributiva —señaladamente de jubilación— tras su retorno, lo que explica que dicho Reglamento haya debido invocarse como norma aplicable con cierta frecuencia en pleitos suscitados antes los órganos jurisdiccionales gallegos de lo social<sup>6</sup>. Y así lo prueba el dato reciente de que, en apariencia, las últimas cuestiones prejudiciales resueltas a día de hoy por el TJCE —siempre sobre la interpretación del Reglamento 1408/1971— hayan sido formuladas precisamente por un Juzgado de lo Social de nuestra Comunidad Autónoma, cristalizando en una sentencia suya de 3 octubre 2002<sup>7</sup> (en adelante, caso Barreira Pérez).

## II. PLANTEAMIENTO DEL CASO BARREIRA PÉREZ

2. En efecto, la vía prevista en el citado artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea fue utilizada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Ourense para plantear dos cuestiones prejudiciales ante el TJCE, con ocasión de una demanda interpuesta ante aquel órgano jurisdiccional gallego —sobre reclamación de pensión de jubilación— por cierto trabajador, antiguo emigrante en Alemania; reclamación en la que lógicamente se había invocado la aplicación del Reglamento 1408/1971 —sus artículos 44 y ss., sobre «vejez y muerte (pensiones)»—, supuesto que en este concreto caso resultaba «necesario totalizar, conforme al artículo 45 del Reglamento n. 1408/71, los períodos de seguro cumplidos en Alemania y en España en su conjunto, debido a que los períodos cumplidos en España no bastaban para cubrir el período de carencia [genérico] de quince años»<sup>8</sup> necesario, como es sabido, para poder tener derecho a la pensión de jubilación aquí, en España. Los problemas interpretativos surgían en este caso en relación con los días que, en concepto de cotización ficticia, se establecen a favor del beneficiario en función de la edad que éste tuviese a día de 1 enero 1967, conforme a lo dispuesto en la todavía vigente disposición transitoria segunda, apartado 3.b), de la Orden Ministerial de 18 enero 1967<sup>9</sup>.

---

4 Versión consolidada tras la modificación del Tratado de Niza, de 26 febrero 2001 (antiguo artículo 177 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 marzo 1957).

5 Artículo 234, párrafo segundo.

6 Se afirma, en este sentido, que «la en otro tiempo masiva emigración de trabajadores españoles hacia países hoy integrados con España en la UE y la intrínseca dificultad interpretativa de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social hacen de la aplicación del Derecho Comunitario a las relaciones de Seguridad Social de los migrantes comunitarios fuente de litigios casi inagotables en los que, inevitablemente, se ha terminado acudiendo a la solución que ofrece la cuestión prejudicial» (cfr. J. LUJÁN ALCARAZ, «La interpretación y aplicación del Derecho Comunitario por el Juez Español: La cuestión prejudicial en el orden social», en *Aranzadi Social*, 1999-V, pág. 153).

7 Puede verse su texto en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int) (además, de próxima publicación en *Recopilación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de 1ª Instancia*, parte I, 2002-10, pág. 8191).

8 Caso Barreira Pérez, núm. 15.

9 BOE de 26 enero. Según esta disposición, «al número de días cotizados en el período a que se refiere el apartado anterior se sumará, en su caso, el número de años y fracciones de año que correspondan al trabajador, según la edad que tenga cumplida en 1 de enero de 1967, en la escala que a continuación se establece, en cumplimiento de los principios señalados en el número 3 de la disposición transitoria tercera de la Ley de la Seguridad Social».

3. El juzgado ourensano dudaba, en primer lugar, acerca de si tales días de cotización ficticia acreditados por el beneficiario —«3005» en este caso<sup>10</sup>— debían computarse a favor del interesado —incrementando el período de cotización efectivamente acreditado en España—, a efectos de calcular la «cuantía teórica de la prestación» con arreglo a lo dispuesto en el artículo 46.2.a) del Reglamento 1408/1971<sup>11</sup>; teniendo en cuenta, por cierto, que el propio INSS había procedido a hacerlo justamente así —favoreciendo al interesado— al «añadi[r] a los 9.395 días de cotización real cumplidos en España y en Alemania (5.344 + 4.051), los 3.005 días de cotización ficticia atribuidos al interesado con arreglo a la legislación española [recién citada]»<sup>12</sup>. Por ello, quedó planteada una primera cuestión prejudicial en los siguientes términos, a saber: «¿... tienen la consideración legal de períodos de seguro aquellos períodos de cotización equivalente no efectiva, que la legislación nacional de un Estado miembro admite como computable a los efectos de determinar el número de años de cotización, de los que depende la cuantía de la pensión de vejez regulada en su propia legislación?»<sup>13</sup>.

4. Dudaba también el juzgado ourensano, en segundo lugar, sobre si los referidos días de cotización ficticia debían tenerse en cuenta —según lo dispuesto ahora en el artículo 46.2.b) del Reglamento 1408/1971<sup>14</sup>— a efectos de determinar el «importe efectivo de la prestación» que debería abonar el INSS, prorrateando la cuantía teórica de la prestación en función de la duración de los períodos de cotización acreditados en España. Sobre esta segunda cuestión —al contrario que la primera, como acaba de verse— «el INSS no tuvo en cuenta el mencionado período de cotización ficticia ... , es decir, no se sumó dicho período —recuérdese, 3005 días— a los 5.344 días de cotización cumplidos en España, que figuran en el numerador, ni a los 9.395 días de cotización cumplidos en ambos Estados miembros, recogidos en el denominador del coeficiente por el que ha de multiplicarse la cuantía teórica de la prestación de vejez para determinar su importe efectivo, de modo que el coeficiente empleado por el INSS era menos elevado que el que habría sido utilizado si se hubiera tenido en cuenta el período de cotización ficticia a la hora de aplicar la regla del prorrateo»<sup>15</sup>. Por ello, quedó planteada una segunda cuestión prejudicial en los siguientes términos, a saber: «¿debe interpretarse la disposición contenida en el artículo 46.2.b) [del Reglamento 1408/1971]... en el sentido de que la duración de los períodos de seguro ... comprende también aquellos períodos de cotización ficticia ... que, según la legislación de ...[un] Estado miembro, hayan de ser computados como períodos de cotización a los efectos de determinar la cuantía de la pensión de vejez?»<sup>16</sup>.

10 Caso Barreira Pérez, núm. 16. Los 3005 días equivalen a 8 años y 85 días, según la escala de la citada disposición adicional segunda, apartado 3.b), de la Orden Ministerial de 18 enero 1967, por tener cumplidos el beneficiario 32 años de edad el día 1 enero 1967.

11 Según el cual, «la institución competente calculará la cuantía teórica de la prestación que el interesado podrá obtener en el supuesto de que todos los períodos de seguro y/o residencia cumplidos de acuerdo con las diversas legislaciones de los Estados miembros a que haya estado sometido el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia hubieran sido cumplidos en el Estado miembro en que radique la institución de que se trate y de acuerdo con la legislación que ésta aplique en la fecha en que se liquide la prestación. Cuando, con arreglo a dicha legislación, la cuantía de la prestación sea independiente de la duración de los períodos cumplidos, dicha cuantía será considerada como la cuantía teórica objeto de la presente letra».

12 Caso Barreira Pérez, núm. 17.

13 *Ibid.*, núm. 20, párrafo primero.

14 Según el cual, «a continuación, la institución competente determinará el importe efectivo de la prestación, prorrateando la cuantía teórica señalada en la letra a) entre la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con la legislación que ésta aplica, en relación con la duración total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados».

15 Caso Barreira Pérez, núm. 18.

16 *Ibid.*, núm. 20, párrafo tercero.

5. Aparte estas dos cuestiones prejudiciales, el mismo TJCE debía pronunciarse en su sentencia sobre un tercer asunto —suscitado por el Gobierno español, y para el caso de que el TJCE respondiese afirmativamente las dos cuestiones—, relativo a la eventual limitación en el tiempo de los efectos de su sentencia. Trataba de evitar nuestro Gobierno que dicha sentencia pudiera desplegar sus efectos con carácter retroactivo, invocando razones meramente financieras concernientes a la viabilidad misma del sistema español de Seguridad Social, que —siempre según nuestro Gobierno— podría verse gravemente afectada en el caso —supuesta, repetimos, una respuesta afirmativa del TJCE a las dos cuestiones prejudiciales— de que hubiese que recalcular la pensión de jubilación a los actuales beneficiarios eventualmente afectados, computando los períodos de cotización ficticia en función de la edad.

### III. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

6. Hay que reparar en que los problemas de fondo de las dos cuestiones prejudiciales ya se habían planteado en otros juzgados gallegos de lo social mucho antes de que el ourensano elevase sus dudas al TJCE, y además, en que el asunto se encontraba judicialmente resuelto en nuestro país en la fecha en la que el TJCE dictó su sentencia —3 octubre 2002, recuérdese—, pues sobre él se había llegado a pronunciar nuestro Tribunal Supremo (TS) en al menos tres ocasiones (la primera de ellas en Sala General), resolviendo sendos recursos de casación para unificación de doctrina, pudiendo afirmarse —sobre la base de tales SST*Sud*, de 26 junio 2001<sup>17</sup>, de 9 octubre 2001<sup>18</sup> y de 28 mayo 2002<sup>19</sup>— lo siguiente.

7. En primer lugar, que se trataba de problemas en apariencia, hasta ese momento, que venían afectando preferentemente a emigrantes gallegos, como prueba el dato de que los seis pleitos de que dan cuenta las tres SST*Sud* citadas se hubiesen iniciado mediante sendas demandas ante juzgados de lo social de Vigo<sup>20</sup>, Santiago de Compostela<sup>21</sup> y A Coruña<sup>22</sup>; demandas interpuestas —salvo en uno de los casos— por antiguos marineros encuadrados en el régimen especial de trabajadores del mar, supuesto que su normativa reguladora específica prevé la aplicación del régimen transitorio recogido en la OM de 13 enero 1967<sup>23</sup>, con «la única variación, a los efectos que aquí interesan ... [de que] la edad que se tiene en cuenta ... es la que tuviera el beneficiario el 1 de agosto de 1970 —fecha de entrada en vigor del Régimen Especial del Mar— en lugar del 1 de enero de 1967»<sup>24</sup>.

---

17 Ar. 6834. Sobre esta sentencia, véase A.V. SEMPERE NAVARRO, *Jurisprudencia Social Unificada Junio 2001*, págs. 54 y ss.

18 Ar. 1475/2002.

19 Ar. 7563.

20 Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5, de 11 septiembre 1996.

21 Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 1, de 13 mayo 1995 (dos sentencias), y núm. 2, de 4 marzo y 9 diciembre 1997.

22 Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1, de 10 octubre 1996.

23 Se trata del Decreto 1867/1970, de 9 julio (BOE de 11 julio), aprobando el Reglamento General del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cuya disposición adicional tercera.<sup>3ª</sup> afirma que «serán de aplicación a este Régimen Especial las normas contenidas en el número 3 de la disposición transitoria tercera de la Ley de la Seguridad Social, de 21 de abril de 1966, y en las dictadas para su aplicación y desarrollo».

24 Cfr. ST*Sud* de 26 junio 2001 (Ar. 6834), FD 5º, párrafo tercero.

En segundo lugar, que se trataba de un tema jurídicamente controvertido en el ámbito jurisdiccional gallego —especialmente en lo relativo al cálculo de la prorrata de la pensión a cargo de la entidad gestora española—, como prueba significativamente el hecho de que los recursos de suplicación interpuestos contra las sentencias de instancia respectivas —siempre ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia [TSJ (Galicia)]— fueran resueltos en sentido discordante por ésta. Así, tres de ellas —justamente las recurridas después ante el TS<sup>25</sup>— defendieron una postura contraria a los intereses de los trabajadores, afirmando que las «cotizaciones ficticias [por edad] sólo pueden tenerse en cuenta para el cálculo de la cuantía teórica de la prestación —letra a) del punto 2 del art. 46 [del Reglamento 1408/1971— pero no para determinar la cuantía efectiva prorrateada —letra b) del mismo artículo— porque ello implicaría tomar dos veces esas cotizaciones ficticias y duplicar el efecto en perjuicio del Estado al que pertenece la institución competente»<sup>26</sup>; mientras que, por el contrario, las otras tres sentencias gallegas de suplicación —invocadas después como sentencias de contraste en los respectivos recursos de casación para la unificación de doctrina<sup>27</sup>— se inclinaron por aplicar la normativa legal de la forma más favorable para los trabajadores, «pues aun reconociendo que se trata de materia dudosa y que ha provocado incluso decisiones contradictorias de la Sala, se entiende que debe prevalecer el criterio de computar [las cotizaciones ficticias por edad] a todos los efectos, igual que si se tratase de cotizaciones reales»<sup>28</sup>.

En tercer lugar, que se trataba de un tema sobre el que la Sala de lo Social del TS entró directamente a resolver, señalando explícitamente que «para dar respuesta al recurso no considera ... necesario plantear cuestión prejudicial, como interesa la parte, porque el problema debatido depende en gran medida de la interpretación de normas de Derecho interno y especialmente de las que regulan el abono de años de cotización por edad»<sup>29</sup>, supuesto que «la problemática planteada atañe más a la interpretación de la normativa española en su relación con la normativa comunitaria, que la que tiene su origen en los órganos de la Unión Europea, por lo que el planteamiento de la cuestión sale de las previsiones del ... [artículo 234] en esta materia»<sup>30</sup>. Y en este sentido, el TS —para el que la solución incluso «parece clara»<sup>31</sup>— se decantó por la postura defendida por las sentencias gallegas invocadas como de contraste —casando y anulando, por tanto, las sentencias gallegas recurridas—, afirmando al respecto que «las cotizaciones [ficticias]... por edad son cotizaciones asimiladas a las efectivamente realizadas para un determinado período de la carrera de seguro de un trabajador ..., por lo que deben ser computadas a los efectos del cálculo de la prestación española conforme a las reglas del artículo 46.2 del Reglamento 1408/1971»<sup>32</sup>, habida cuenta que «no son propiamente cotizaciones teóricas o ficticias que se proyectan sobre previsiones posteriores al hecho

---

25 STSJ (Galicia) de 11 febrero 2000 (cit. en STSud de 26 junio 2001 [Ar. 6834]), STSJ (Galicia) de 19 julio 2000 (Ar. 5385; cit. en STSud de 9 octubre 2001 [Ar. 1475/2002]), y STSJ (Galicia) de 7 junio 2001 (cit. en STSud de 28 mayo 2002 [Ar. 7563]).

26 Cfr. STSJ (Galicia) de 19 julio 2000 (Ar. 5385), FD 3º, párrafo tercero.

27 STSJ (Galicia) de 26 julio 1999 (Ar. 5712; cit. en STSud de 26 junio 2001 [Ar. 6834]), STSJ (Galicia) de 28 julio 1999 (cit. en STSud de 9 octubre 2001 [Ar. 1475/2002]), y STSJ (Galicia) de 28 julio 1999 (Ar. 5713; cit. en STSud de 28 mayo 2002 [Ar. 7563]).

28 Cfr. STSJ (Galicia) de 26 julio 1999 (Ar. 5712), FD 5º, párrafo segundo.

29 Cfr. STSud de 26 junio 2001 (Ar. 6834), FD 4º.

30 Cfr. STSud de 9 octubre 2001 (Ar. 1475/2002), FD 2º.

31 Cfr. STSud de 26 junio 2001 (Ar. 6834), FD 6º, párrafo primero.

32 *Ibid.*

causante, sino cotizaciones estimadas y correspondientes a un período de la carrera del seguro ... notablemente anterior al hecho causante»<sup>33</sup>.

8. En consecuencia, la prorrata —o importe efectivo<sup>34</sup>— de la pensión de jubilación que le corresponde abonar a la entidad gestora española, calculada sobre el importe de la cuantía teórica<sup>35</sup>, sería el porcentaje resultante de dividir los períodos de cotización acreditados en España —los reales más los ficticios por edad— entre la totalidad de los períodos de cotización —los anteriores más los acreditados en otros Estados miembros—; aunque habría que tener en cuenta —según lo dispuesto en el artículo 47.1.a) del Reglamento 1408/1971<sup>36</sup>— que el divisor debería limitarse al período máximo de cotización que exigiese nuestra legislación para calcular el importe completo de la pensión de jubilación<sup>37</sup>. Y es que, sorprendentemente, esta jurisprudencia del TS parece olvidar la aplicación del citado artículo 47.1.a), pues sólo así cabe explicar —con sus propias palabras— que «no pued[a] aceptarse la tesis que mantiene el recurrente, según la cual el período a tener en cuenta para el cálculo de la prorrata habría de ser tan sólo el que la legislación española exige para tener derecho al 100 por 100 de la prestación de jubilación, o sea el de 12.775 días»<sup>38</sup>.

#### IV. SOLUCIÓN DEL CASO BARREIRA PÉREZ

9. Pese a lo claro del tema para el TS, su interpretación padecía cierta provisionalidad por causa de las cuestiones prejudiciales que pendían ante el TJCE, pues la sentencia de este último podría provocar un giro radical en el asunto.

En ese sentido, para responder a la primera cuestión prejudicial el TJCE utiliza básicamente tres argumentos, relativos a la normativa europea de referencia, a la normativa española aplicable y a la actuación de la Administración española en el propio caso, de manera que: 1) en cuanto a la normativa europea de referencia, fija como punto de partida «la expresión “períodos de seguro”, conforme a la definición contenida en el artículo 1, letra r), del Reglamento n. 1408/1971»<sup>39</sup>, haciendo hincapié en que dicha definición incluye no sólo «“los períodos de cotización ... tales como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos”»<sup>40</sup>,

---

33 *Ibid.*, párrafo cuarto. Téngase en cuenta —como señala esta misma *STSud*— que «el apartado b) del artículo 46.1 del Reglamento 1408/1971 limita en el cálculo de la pensión efectiva el cómputo a los períodos de seguro cumplidos antes de la fecha del hecho causante» (*ibid.*).

34 Según el artículo 46.2.b) del Reglamento 1408/1971.

35 Según el artículo 46.2.a) del Reglamento 1408/1971.

36 Al afirmar —entre otras «disposiciones complementarias» para el «cálculo de la cuantía teórica y de la prorrata señalados en el apartado 2 del artículo 46»— que «si la duración total de los períodos de seguro ... cumplidos antes del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados es superior a la duración máxima exigida por la legislación de uno de esos Estados para obtener una prestación completa, la institución competente de este Estado tomará en consideración dicha duración máxima en vez de la duración total de dichos períodos».

37 Esto es, por regla general, 12.775 días.

38 Cfr. *STSud* de 9 octubre 2001 (Ar. 1475/2002), FD 3º.4. En el caso aquí enjuiciado el beneficiario había cotizado en España 5.025 días, que, sumados a los 9.067 cotizados en Holanda, hacían un total de 14.092 días de cotización. De aplicarse la prorrata sobre este total, a la entidad gestora española le correspondería pagar el 35,66 por 100 de la cuantía teórica de la pensión; mientras que, de aplicarse la prorrata sobre el máximo que exige la legislación española (esto es, 12.775 días), a la entidad gestora española le correspondería abonar el 39,33 por 100 de la misma.

39 Caso Barreira Pérez, núm. 22.

40 *Ibid.*

sino también «“todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de seguro»<sup>41</sup>; 2) en cuanto a la normativa española aplicable, alude a la específica finalidad de «los períodos de bonificación previstos en la disposición transitoria segunda, apartado 3, de la Orden Ministerial [de 13 enero 1967, que] tiene[n] por objeto general salvaguardar, en función de la edad del beneficiario a 1 de enero de 1967 y conforme a una escala a tanto alzado prevista a tal efecto, los derechos causados en virtud de antiguos regímenes de pensión que, de otro modo, el trabajador habría perdido»<sup>42</sup>, y 3) en cuanto a la actuación de la propia Administración española, repara en el hecho significativo de que «las autoridades competentes españolas tomen en consideración los períodos de bonificación controvertidos ... para calcular la cuantía teórica de la pensión de jubilación, conforme al artículo 46, apartado 2, letra a) del Reglamento n. 1408/1971»<sup>43</sup>.

Sobre la base de tales argumentos, el TJCE responde positivamente a la primera cuestión prejudicial planteada por el Juzgado ourensano —consolidando, aun sin citarla, la postura del TS—, al afirmar con rotundidad que «los períodos de bonificación como los previstos en la legislación española, que se atribuyen, en el marco de la liquidación de los derechos a pensión, para tener en cuenta derechos causados conforme a anteriores regímenes de seguro de vejez, ya derogados, deben considerarse períodos de seguro conforme a[l]... Reglamento [1408/1971]»<sup>44</sup>.

10. En relación con la segunda cuestión prejudicial, parece que el INSS y el Gobierno español trataron de oponerse a una respuesta positiva con mayor determinación, argumentando —en clave estrictamente jurídica— que los períodos de cotización ficticia en cuestión no podían computarse para calcular la prorrata española de la pensión, al no tratarse de períodos anteriores al hecho causante, pues —en su opinión—, como «se añaden a los períodos de seguro real en el momento en que se causa el derecho a pensión, deben considerarse posteriores a la fecha causante»<sup>45</sup>. Se trataba, sin embargo, de una argumentación jurídicamente inconsistente, y así lo hizo ver el TJCE —al igual que el TS—, para el que sin lugar a dudas «los períodos de bonificación previstos en la normativa transitoria española ... son necesariamente anteriores al cumplimiento de la edad de jubilación»<sup>46</sup>, habida cuenta de que «tiene[n] precisamente por objeto salvaguardar derechos causados en virtud de antiguos regímenes de seguro de vejez»<sup>47</sup>, sin que obste a ello el hecho de que «dichos períodos no se atribuyan hasta el momento en que se liquidan los derechos a pensión»<sup>48</sup>.

Quizá consciente de la fragilidad de las razones estrictamente jurídicas aportadas en el debate, el Gobierno español trató de apuntalar su postura con argumentos de

---

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*, núm. 24.

43 *Ibid.*, núm. 27.

44 *Ibid.*, núm. 29.

45 *Ibid.*, núm. 31.

46 *Ibid.*, núm. 35.

47 *Ibid.*

48 *Ibid.*, núm. 36. Ni siquiera habría problema respecto de una eventual superposición de los períodos ficticios de cotización con períodos reales de cotización en otro Estado miembro de la Unión —superposición que impediría tomar en cuenta los primeros—, pues —siempre según el caso Barreira Pérez— «conforme al artículo 15, apartado 1, letra e), del Reglamento (CEE) n. 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento 1408/71 ..., cuando no se puede determinar de modo preciso en qué época se han cubierto ciertos períodos de seguro o de residencia bajo la legislación de un Estado miembro, se da por supuesto que esos períodos *no se superponen* a los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro *y se tienen en cuenta* en la medida en que sea útil computarlos» (*ibid.*, núm. 37).

oportunidad, al señalar que «la equiparación de los períodos de bonificación controvertidos ... a los períodos de seguro a efectos de calcular la pensión prorrateada española puede suponer un grave desequilibrio económico y transformar el régimen de seguridad social español en un polo de atracción para quienes busquen obtener un notable aumento de su pensión (*sic*)»<sup>49</sup>. El TJCE evitó pronunciarse sobre el tema del «grave desequilibrio económico», pero no dejó de hacerlo sobre el del «polo de atracción» —desde la perspectiva de la libertad de circulación de los trabajadores—, afirmando que «si no se tuvieran en cuenta los períodos de bonificación controvertidos ... a la hora de calcular el importe efectivo [de la pensión de jubilación] se perjudicaría al trabajador que, al igual que el Sr. Barreira Pérez, ha ejercido su derecho a la libre circulación ...[, pues] el interesado quedaría así privado de la bonificación que se le reconocería de haber efectuado toda su carrera al amparo de la legislación del Estado miembro competente»<sup>50</sup>, lo que «podría disuadir a tales trabajadores de ejercitar su derecho a la libre circulación y constituiría, por lo tanto, un obstáculo a dicha libertad»<sup>51</sup>.

Visto lo anterior, el TJCE también respondió a la segunda cuestión prejudicial de manera positiva —consolidando de nuevo, otra vez sin citarla, la postura del TS—, al sostener sin ambages que «el artículo 46, apartado 2, letra b) del Reglamento 1408/1971 debe interpretarse en el sentido de que los períodos de bonificación como los previstos en la legislación española, que se atribuyen, en el marco de la liquidación de los derechos a pensión, para tener en cuenta derechos causados conforme a anteriores regímenes de seguro de vejez, ya derogados, deben tomarse en consideración en el cálculo del importe efectivo de la pensión»<sup>52</sup>. Y aún más, el propio TJCE —parece que en línea con nuestro TS— llegó a afirmar que «por lo que respecta a los requisitos para la inclusión de los períodos de seguro ficticio en el cálculo de la pensión prorrateada, no planteaba una inseguridad jurídica tal que pudiese inducir a los sectores afectados a formarse una idea totalmente equivocada acerca del alcance del Derecho comunitario»<sup>53</sup>.

11. Por último, en relación con la petición del Gobierno español —para el caso de que se respondiesen afirmativamente las cuestiones, como así fue— sobre la limitación de los efectos de la sentencia, el TJCE recuerda su propia jurisprudencia relativa a que «la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 234 CE, hace de una norma de Derecho comunitario, aclara y precisa el significado y alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor»<sup>54</sup>; razón por la que, como regla general, «la norma que ha sido interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación»<sup>55</sup>, pues «sólo con carácter excepcional ..., aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario»<sup>56</sup>, pueden limitarse los efectos de dicha sentencia.

Pues bien, «en el presente caso, con independencia de la amplitud y de la duración de las repercusiones financieras negativas para el sistema de seguridad social

---

49 Caso Barreira Pérez, núm. 33.

50 *Ibid.*, núm. 40.

51 *Ibid.*, núm. 41.

52 *Ibid.*, núm. 42.

53 *Ibid.*, núm. 46.

54 *Ibid.*, núm. 44.

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*

nacional, alegadas por el Gobierno español»<sup>57</sup>, resulta claro para el TJCE que «no procede limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia»<sup>58</sup>, de manera que la interpretación que aquí se hace de las legislaciones española y comunitaria parece incidir no sólo sobre potenciales futuros pensionistas —entre ellos, el Sr. Barreira Pérez—, sino también sobre pensionistas actuales de jubilación.

## V. INCIDENCIA DEL CASO BARREIRA PÉREZ EN PENSIONISTAS ACTUALES DE JUBILACIÓN

12. En cuanto a estos últimos, resulta evidente que tales pensionistas actuales tienen derecho a que la entidad gestora española proceda a recalcular sus respectivas pensiones —mediante el cómputo de los períodos de cotización ficticia por edad para determinar el importe de la prorata—, abonando la nueva cuantía efectiva de la pensión de aquí en adelante. De hecho, la propia Administración española parece animada a efectuar de oficio este recálculo, como acredita al menos una Resolución del INSS de 5 mayo 2003<sup>59</sup> —en relación con cierto pensionista gallego de jubilación, que venía percibiendo su pensión desde el 31 marzo 1995—, afirmando que «se procede a modificar el porcentaje a cargo de España, fijándolo en 65,06 % —frente al 34,08 por 100 anterior— en base al fallo de la Sentencia dictada en fecha 03-10-2002 por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas»<sup>60</sup>, añadiendo que «la nueva cuantía de la pensión ... tiene efectos económicos del 01-04-2003»<sup>61</sup>, esto es, sin efecto retroactivo alguno.

Sin embargo, resultaría jurídicamente razonable sostener que tales pensionistas actuales tendrían derecho a percibir el nuevo importe de la pensión incluso con efectos retroactivos —abonándoseles, en su caso, las diferencias—, a pesar de que la Resolución del INSS antes citada evitó reconocer dichos efectos, afirmando que ya en su día «la prestación fue correctamente calculada, de acuerdo con las normas jurídicas vigentes en la fecha del hecho causante»<sup>62</sup> y, además, que «este Instituto, a fin de adaptar sus usos jurídicos a los vigentes en la jurisprudencia, asume la interpretación efectuada por el citado TJCE»<sup>63</sup>, por lo que —supuesto que «los usos jurídicos como fuente del derecho ... no ...[tienen] preceptivamente fijada una fecha de entrada en vigor»<sup>64</sup>— «procede la aplicación analógica de lo dispuesto para la entrada en vigor de las leyes, normas que, salvo disposición expresa en contrario, no tienen carácter retroactivo y son de aplicación a partir de la fecha de solicitud»<sup>65</sup>.

Dejando a un lado ahora que la interpretación efectuada por el TJCE no es sino la unificada desde 26 junio 2001 —casi un año y medio— por nuestro TS, quizá si convendría recordar que para el propio TJCE «la norma que ha sido interpretada puede y debe ser aplicada ... a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia

---

57 *Ibid.*, núm. 46.

58 *Ibid.*, núm. 47.

59 Expediente núm. 1995/510892 (citada dicha Resolución por fotocopia del original).

60 Hecho cuarto, párrafo segundo.

61 *Ibid.*

62 Hecho séptimo, párrafo primero.

63 *Ibid.*, párrafo tercero.

64 *Ibid.*, párrafo cuarto.

65 *Ibid.*

que resuelva sobre la petición de interpretación»<sup>66</sup>, concluyendo que «no procede limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia»<sup>67</sup>, sobre la base de que en estos supuestos no se produce la entrada en vigor de una nueva norma, sino que sólo se «aclara y precisa ... cómo debe o habría debido ser entendida y aplicada [una norma ya existente] desde el momento de su entrada en vigor»<sup>68</sup>. Por ello, parece jurídicamente razonable sostener que los pensionistas actuales de jubilación deberían percibir el nuevo importe de su pensión con efectos retroactivos, hasta la fecha del reconocimiento de la misma, con el tope, en su caso, de cinco años<sup>69</sup>.

Y es que, como se sabe, nuestros tribunales laborales vienen afirmando reiteradamente que «si el contenido económico de la prestación por un error inicial de la entidad gestora —que está en condiciones más favorables que el propio beneficiario para su adecuada determinación— quedó minusvalorado, lo que más tarde fue corregido ..., es lógico mantener —a falta de norma expresa en sentido contrario— que sus efectos deben retrotraerse a la fecha de reconocimiento del derecho ..., y ello independientemente de la prescripción [quinquenal] que, en su caso, pudiera operar frente a las concretas percepciones de la prestación económica»<sup>70</sup>. Doctrina judicial, ésta, que también resultaría aplicable en nuestro caso, pues, aunque «tal línea jurisprudencial parte de la existencia de un error inicial de la entidad gestora en la determinación de la base reguladora»<sup>71</sup>, la misma juega igualmente «ante un cambio jurisprudencial en la interpretación de la norma aplicable»<sup>72</sup>, lo que se apoyaría no sólo «en la afirmación general que, como vimos hace el Tribunal Supremo»<sup>73</sup>, sino también en «el argumento de que la minusvaloración inicial de la cuantía de la pensión no es imputable al beneficiario, por lo que no debería pechar con las consecuencias perjudiciales derivadas de su incorrecta cuantificación»<sup>74</sup>.

---

<sup>66</sup> Caso Barreira Pérez, núm. 44.

<sup>67</sup> *Ibid.*, núm. 47.

<sup>68</sup> *Ibid.*, núm. 44.

<sup>69</sup> En efecto, respecto de «las reclamaciones por diferencias de prestaciones ... a causa de errores de la Entidad Gestora ..., sus efectos se producirán desde la fecha de reconocimiento inicial del derecho con el límite claro está del plazo de prescripción de cinco años» (cfr. J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M<sup>a</sup>.A. MOMPALER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social*, 9<sup>a</sup> ed., Tirant lo blanch [Valencia, 2002], pág. 310).

<sup>70</sup> Cfr. STSud de 11 octubre 2001 (Ar. 1501/2002), FD 9<sup>o</sup>, párrafo sexto.

<sup>71</sup> Cfr. STSJ (Cataluña) de 10 abril 2002 (Ar. 1910), FD único, párrafo segundo.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Ibid.*