

# Las bases reguladoras de las pensiones nacionales de los trabajadores migrantes españoles en la Unión Europea

# The regulatory bases of the national pensions of the spanish migrant workers in the European Union

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA\*

## LA PROBLEMÁTICA DE LAS BASES REGULADORAS, SU REGULACIÓN NORMATIVA Y LAS DISTINTAS SOLUCIONES POSIBLES DESDE UNA PERSPECTIVA TEÓRICA

La problemática del cálculo de las bases reguladoras de las pensiones españolas de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común de los trabajadores migrantes es, cuando de migrantes comunitarios se trata, la cuestión estrella debido a su litigiosidad, que arranca ya desde antes de la adhesión de España a la Unión Europea, se ha incrementado en las primeras décadas tras nuestra adhesión y aún hoy día tanto se siguen discutiendo las cuestiones básicas como se abren otras importantes cuestiones<sup>1</sup>.

\* Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia. Profesor asociado – Universidad de Coruña.

<sup>1</sup> Utilizando las palabras de nuestra mejor doctrina en la materia, "entre los varios problemas planteados en España en relación con el cálculo de pensiones, sin duda, el más grave y crónico es el relativo a la determinación de la base reguladora de la cuantía teórica, materia que ha generado ingente litigiosidad interna, numerosas cuestiones prejudiciales ... y que desafortunadamente sigue generando controversia" (CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, "Coordinación de los Sistemas nacionales de Seguridad Social", en Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 543 y 544). "Esta problemática de las lagunas no se ha resuelto satisfactoriamente y, por tanto, se

Tal cuestión se genera porque las bases reguladoras de las pensiones españolas de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común consisten en un promedio de las cotizaciones realizadas durante un arco temporal que además se ha ido ampliando de una manera progresiva<sup>2</sup>. En concreto y desde

*trata de una cuestión recurrente cuyos efectos prácticos perniciosos me temo que se agravarán en el futuro*", enumerando, como factores de la futura agravación, la insatisfactoria regulación contenida en la normativa comunitaria sobre la materia desde la perspectiva de la libertad fundamental de circulación de los trabajadores migrantes, una nueva oleada de emigrantes españoles –esta vez mayoritariamente cualificados–, y la reforma de la normativa española interna ampliando el periodo de referencia a considerar para el cálculo de las bases reguladoras de pensiones de jubilación (CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, "Base reguladora de la jubilación para migrantes tras el asunto Salgado González", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, números 9/2014 – 10/2014, BIB 2014/66).

<sup>2</sup> Según el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, la base reguladora de la pensión de jubilación y de incapacidad permanente por enfermedad común era el cociente resultante de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un periodo ininterrumpido de 24 meses elegido por el interesado dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al hecho causante. Tras la Ley 26/1985, de 31 de julio, la base reguladora de ambas pensiones pasó a ser el cociente de dividir por 112 las bases de cotización del beneficiario durante los 96 meses inmediatamente anteriores al hecho causante. La Ley 24/1997, de 15 de julio, estableció, para la jubilación, 180 como cociente y 210 como divisor. Finalmente, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, estableció, para la jubilación, 300 como cociente y 350 como divisor 350, aunque con una amplia tran-



1.1.2022, para la jubilación será la suma de las cotizaciones de 300 meses dividida entre 350 –artículo 209 de la LGSS-, y para la incapacidad permanente por enfermedad común, de 96 meses dividida entre 112 –artículo 197 de la LGSS-. Pues bien, la cuestión surge cuando en ese arco temporal el trabajador ha migrado, trabajado y/o cotizado en otro Estado miembro de la Unión Europea, al no haber cotizaciones españolas durante la migración con las cuales calcular la pensión española en los mismos términos en que se calcularían si el trabajador, en vez de emigrar, hubiera trabajado y cotizado solo en España –trabajador sedentario-.

Antes de la adhesión de España a la Unión Europea –y aún después si se trata de normas más favorables o si se trata de migrantes fuera de la Unión Europea-, la cuestión se resolvía atendiendo a las previsiones de los convenios internacionales aplicables y, en especial, ha resultado muy conflictiva la aplicación del Convenio bilateral Hispano Alemán de 4 de diciembre de 1973. Se resolvía –añadimos ahora- mal que bien pues las normas sobre la cuestión en dichos convenios nunca han sido del todo claras, obligando en casi todos los casos a la intervención judicial hasta la última instancia –y así tendremos ocasión de comprobarlo al examinar cada convenio en su lugar oportuno-.

Después de nuestra adhesión, la cuestión cobra nuevos matices dado que está en juego la libertad de circulación de las personas trabajadoras dentro de la Unión Europea que, en el Derecho de la Unión Europea, es una libertad fundamental reconocida en los tratados fundacionales del mercado común –en la actualidad, en el artículo 45 del TFUE-, que obliga en particular a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social –artículo 48 del TFUE-, lo que se ha realizado a través del originario Reglamento 1408/71/CE del Consejo, de 14 de junio de 1971, 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, así como del vigente Reglamento 883/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Obviamente, ambos reglamentos, dada su finalidad coordinadora, contienen una regulación específica destinada a solventar la cuestión de las bases reguladoras de las pensiones españolas de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común.

Inicialmente el Reglamento 1408 se limitaba a establecer, en su artículo 47.1.e), que “*la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe atendiendo a una base de cotización media, determinará dicha base media en función, únicamente, de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado*”. Ciertamente, en esa regulación inicial, como en la actualmente vigente, se sigue la tesis conocida como de las bases reales españolas. Pero en ese momento inicial ni se preveía la adecuada actualización de las cotizaciones, ni tampoco la cobertura de los vacíos de cotización derivados de los periodos trabajados en el otro país comunitario, que son cuestiones que sí se contemplan en la regulación actualmente vigente. Si a estas carencias le unimos que los ciclos migratorios en los años sesenta y setenta abarcaban desde casi el inicio de la vida laboral hasta la jubilación o incapacidad permanente, con lo cual las cotizaciones españolas eran muy alejadas en el tiempo al hecho causante de la pensión de que se trataba –de ahí que a esta tesis se la conozca a veces como de las bases remotas-, se entiende que el cálculo condujese a bases reguladoras insignificantes, de apenas unas pocas pesetas, en especial cuando –aunque este problema hoy en día obviamente ya no se da en la práctica- las bases remotas eran de los años cincuenta o sesenta –pues en aquellas épocas, anteriores a la implantación efectiva de nuestro Sistema de Seguridad Social, ni siquiera había una constancia segura del montante exacto de las cotizaciones-.

Para solventar estos inconvenientes de la inicial regulación comunitaria, se construyeron hasta otras tres soluciones alternativas que conviene ahora enumerar para entender la evolución normativa y jurisprudencial hasta la regulación actual vigente:

sitoriedad que distingue entre una transitoriedad normal que concluye el 1.1.2022 y otra acelerada anterior a tal fecha si aplicar la reforma es más beneficioso para el trabajador.



1ª. Tomar las bases mínimas de cotización españolas correspondientes a la categoría profesional del trabajador en el mismo mes de la laguna que se debe cubrir, que es una solución fundamentada en la aplicación analógica del mecanismo de cobertura de lagunas contemplado para el supuesto de lagunas de cotización en la regulación española del cálculo de la base reguladora de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente por enfermedad común. Se trata de una solución de menor complejidad de cálculo que considerar las cotizaciones reales españolas y que conduce a un resultado equivalente a su actualización si –como era lo más habitual en la migración de los años sesenta y setenta- las bases reales de cotización españolas más cercanas en el tiempo son asimismo mínimas. Ahora bien, esta tesis se sustenta en una ficción que produce resultados claramente injustos si dichas bases reales son superiores a las mínimas –algo que en la migración de los años sesenta y setenta acaso no era tan habitual, pero que en la actualidad resulta mucho más habitual debido al elevado grado de formación de los actuales trabajadores migrantes españoles en la Unión Europea-.

2ª. Tomar las bases reales de cotización en el país de destino –aunque, en las épocas en que los mecanismos de enlace entre las entidades gestoras no estaban tan perfeccionados como actualmente, los trabajadores migrantes demandantes lo que solían acreditar en la práctica judicial no eran tanto las cotizaciones como directamente las retribuciones a través de la aportación de las nóminas o certificados de empresa-. Como en la migración de los años sesenta y setenta habitualmente se dirigía a países entonces más desarrollados – el ejemplo paradigmático era Alemania-, tales cotizaciones –o retribuciones- solían exceder de las bases máximas de cotización españolas, siendo finalmente estas las aplicables, con lo cual se acababa imponiendo a la entidad gestora española una prestación desproporcionada respecto a las cotizaciones españolas remotas. Ahora bien, en la actualidad no son tan marcadas las diferencias con los países más desarrollados de la Unión Europea y la migración española se dirige en ocasiones a otros países menos desarrollados dentro de la Unión Europea. De ahí que esta tesis no conduciría tan mayoritariamente como ocurría

en otras épocas pretéritas a las bases máximas, e incluso puede conducir a bases inferiores a las reales españolas actualizadas.

3ª. Tomar las bases medias ponderadas entre las bases mínimas españolas y las bases máximas españolas cuando las bases reales extranjeras sean superiores a tales máximas, se defendió como una solución de equidad entre las tesis de las bases mínimas y de las bases reales, tendencialmente máximas. La ventaja de esta solución es la minimización mutua del perjuicio de los trabajadores migrantes y de la carga de la entidad gestora española cuando se trata del ciclo de emigración habitual en la década de los sesenta y los setenta a países más desarrollados de la Unión Europea, pues en ese caso las bases mínimas suelen ser superiores a las bases españolas remotas aún actualizadas, y las bases reales foráneas suelen ser superiores a las bases máximas españolas. El inconveniente es que, si las bases mínimas y las bases máximas son bases ficticias, las bases medias es una ficción construida como solución de equidad sobre esas otras dos bases ficticias que, además, en la emigración actual –más cualificada y no siempre dirigida a países más desarrollados- ni siquiera suelen coincidir ni las mínimas con las bases reales españolas actualizadas ni las máximas con las bases reales foráneas.

Al haber girado la aplicación judicial, así como el estudio doctrinal, alrededor de esta dicotomía bases reales / bases ficticias –estas en su triple modalidad de bases mínimas, medias y máximas-, no se identificó adecuadamente como una de las causas del desplome de la cuantía de las bases reguladoras el problema denominado como doble prorrata, pues a la *pro rata temporis* establecida en la norma comunitaria para determinar el porcentaje de base reguladora a cargo de España, se unía la circunstancia de que, en el periodo de referencia a considerar para el cálculo de las pensiones españolas, se producían vacíos de cotización española derivados de los periodos trabajados en el extranjero, lo que hundía a la baja las bases reguladoras<sup>3</sup>. Tal problema se

<sup>3</sup> Así lo pusimos de manifiesto en LOUSADA AROCHENA, José Fernando, "La Seguridad Social de migrantes españoles en la Unión Europea en la doctrina judicial", *Actualidad laboral*, número 19, 2009.

puede resolver desde un punto de vista teórico de dos maneras diferentes: la primera sería cubrir la totalidad de los vacíos de cotización existentes en el dividendo de la fórmula con una proyección actualizada de las cotizaciones españolas; la segunda sería ajustar el divisor para excluir el equivalente a los periodos cotizados en el extranjero.

Veremos cómo la segunda de esas maneras –ajuste del divisor– se ha admitido –bajo la vigencia del antiguo Reglamento 1408– como válida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para el supuesto de existencia de disfunciones en la aplicación de la regulación comunitaria. La primera de esas maneras –cobertura de lagunas– ha sido asumida por el vigente Reglamento 883, cuya regulación se desdobra en un mandato general en el artículo 56.1.c), más un desarrollo aplicable a España en el Anexo XI.

Según el artículo 56.1.c), “*si la legislación de un Estado miembro prevé que el cálculo de las prestaciones se base en los ingresos, cotizaciones, bases de cotización, aumentos, retribuciones, otros importes o una combinación de más de uno de estos elementos (promedios, proporciones, a tanto alzado o acreditados), la institución competente: i) determinará la base de cálculo de las prestaciones únicamente en virtud de los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique; ii) utilizará, para la determinación del importe que haya de calcularse en concepto de los períodos de seguro y/o residencia cumplidos con arreglo a la legislación de los otros Estados miembros, los mismos elementos determinados o acreditados para los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique; de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Anexo XI para el Estado miembro de que se trate*”.

Según el Anexo XI –en lo aplicable a España–: “*a) En aplicación del artículo 56, apartado 1, letra c), del presente Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales de la persona durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. Cuando en el período de referencia a tener en cuenta para el cálculo de la cuantía de la pensión, deban ser*

*computados períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, se utilizará para los mencionados períodos la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo. b) La cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de las revalorizaciones calculadas para cada año posterior, para las pensiones de la misma naturaleza”.*

Hecho el planteamiento de la problemática de la determinación de la cuantía de las bases reguladoras de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común, con recordatorio breve de la regulación comunitaria en la materia, y expuestas las distintas soluciones alternativas posibles desde una óptica teórica, así como sus ventajas e inconvenientes, estamos en condiciones de examinar cómo han evolucionado en el tiempo las respuestas normativas y cómo se han aplicado judicialmente desde la entrada de España en la Unión Europea hasta el momento actual, en particular a la vista de las hasta cinco cuestiones prejudiciales que sobre la materia se han planteado por los órganos judiciales españoles –una de ellas por el propio Tribunal Supremo– ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y analizando con especial detenimiento la regulación actual vigente en la materia, con sus problemas aplicativos.

#### LA INICIAL APLICACIÓN EN ESPAÑA DEL REGLAMENTO 1408/71/CE, DE 14 DE JUNIO DE 1971: EL REINADO DE LA TESIS DE LAS BASES MEDIAS

La normativa de coordinación aplicable en este momento inicial la encontrábamos en el artículo 47.1.e) del Reglamento 1408 –en una norma precisamente introducida con ocasión de la adhesión de España a la Unión Europea a la que, en estos momentos iniciales, no acompañaba ninguna regla adicional en los anexos–, según el cual “*la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe atendiendo a una base de cotización media, determinará dicha base media en función, únicamente, de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado*”. Obviamente, se trata de una regulación



mucho menos completa que la actual vigente, pero basada en la misma idea básica de calcular la media atendiendo solo a los periodos de seguro españoles. Tal regulación, según ha destacado la doctrina, “es coherente con el principio internacional de equilibrio de la carga financiera de las obligaciones de los Estados contratantes, y el de sustitución de rentas de actividad que ilustra el régimen de cálculo de las pensiones e la Seguridad Social española”, de donde “cabe entender que ambos principios condicionaron en su día los debates –y su resultado– para el establecimiento de los compromisos recíprocos de las Partes negociadoras de la adhesión de España”<sup>4</sup>.

Si proyectamos esta norma sobre el ciclo habitual de migración de los años sesenta y setenta, nos encontramos con que, al atender solo a los periodos de seguro españoles, la norma está exigiendo –es así como se entendió en aquel momento y más todavía a la vista del Anexo introducido en el Reglamento 1248/92/CEE, de 30 de abril–, no solo tomar en consideración las bases de cotización remotas, sino también retrotraer el cálculo de la base reguladora al momento anterior a esas últimas cotizaciones anteriores a la salida al extranjero. Pero esto último subvierte los parámetros de cálculo de la norma interna española, según la cual el arco temporal a considerar se computa desde la fecha del hecho causante hacia atrás. Y ello generaba no pocas disfunciones:

- Al computar varios años hacia atrás desde las últimas cotizaciones españolas –en aquellos momentos 8 años, en la regulación actual 25–, cuando el trabajador migró en una edad temprana nos encontramos con la paradoja de incluir en ese arco temporal periodos de cotización imposible en los que ni siquiera tendría edad laboral –y en la regulación actual, en la que ese arco temporal ha pasado de 8 años a 25 años, se podría dar el caso, sin duda llamativo, de incluir periodos en los que ni siquiera habría nacido–.

- Se obligaba en muchas ocasiones a considerar cotizaciones en periodos anteriores a la implantación del actual Sistema de Segu-

ridad Social –que arranca como es sabido de 1966–, con las consiguientes dificultades de determinación de cotizaciones.

- Una vez calculada la base reguladora conforme a estos condicionantes, nos encontramos con que en la norma comunitaria no había ninguna regla actualizadora, ni de las bases de cotización españolas utilizadas para realizar el cálculo de la base reguladora de la pensión –lo que supondría una actualización *ex ante*–, ni una vez hecho el cálculo de la base reguladora de la pensión, actualizar esta –actualización *ex post*–.

Todas estas dificultades llevaron a las entidades gestoras a asumir unos criterios que diferían de la norma comunitaria, aunque sin duda más acordes con la normativa interna española y adicionalmente más beneficiosos para los trabajadores migrantes –aunque no tanto como estos pretendían–. En este sentido, se siguió tomando generalizadamente como fecha inicial del arco temporal la fecha del hecho causante –en particular cuando se trataba de la aplicación del Convenio bilateral Hispano Alemán–. Las razones de esta decisión son fácilmente imaginables y bastante contundentes: tomar como fecha inicial del arco temporal la fecha de las últimas cotizaciones españolas es contrario a la literalidad de la norma interna española; y contrario además a la finalidad de la norma comunitaria dirigida solo a coordinar la aplicación de las normas internas de los países miembros, pero sin sustituir ni reformar ninguna de esas normas internas<sup>5</sup>.

Partiendo de esta premisa interpretativa y atendiendo a los ciclos migratorios más habituales en los años sesenta y setenta en que el retorno se producía a la fecha de la jubilación o de la incapacidad permanente, la situación real en la mayoría de los casos era que todo el arco temporal contemplado para el cálculo solía coincidir con periodos de migración, con lo cual había un completo vacío de bases de cotización.

<sup>4</sup> GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1995, p. 73.

<sup>5</sup> DESDENTADO DAROCA, Elena, “De nuevo sobre los problemas de cálculo de la base reguladora de las pensiones de los trabajadores migrantes. El Caso Salgado González y la STJUE de 21 de febrero de 2013”, *Revista de Derecho Social*, número 62, 2013, pp. 151 y 152.

Y, a la vista de ese vacío, las entidades gestoras utilizaban el mecanismo de integración de algunas con las bases mínimas en los términos establecidos en la normativa española interna, es decir solo aplicable en relación con los regímenes de los trabajadores por cuenta ajena.

Frente a este criterio de bases mínimas, la antigua jurisprudencia de casación, en aplicación del Convenio bilateral Hispano Alemán de 4 de diciembre de 1973, venía acogiendo la tesis de las bases máximas o, si se quiere decir de un modo más exacto, tomaba en consideración las retribuciones alemanas reales tratándolas como si fueran cotizaciones españolas topadas con la cotización máxima española<sup>6</sup>. Incluso en alguna de estas sentencias se destacaba la coincidencia de establecido en ese Convenio con el Reglamento 1408, lo cual hacía lógicamente pensar en que no se cambiaría la doctrina<sup>7</sup>.

No es así de extrañar que, ya desde los inicios de nuestra entrada en la Unión Europea, los órganos judiciales se llenaran de demandas solicitando la aplicación de esa tesis judicial de bases máximas frente a la práctica administrativa de las bases mínimas.

Ante este panorama, el TSJ/Galicia, en cuyo seno se fraguó la tesis de las bases medias, se inclinó por aplicar, en aras a la equidad, un término medio entre las bases máximas solicitadas por los trabajadores migrantes atendiendo a los salarios reales alemanes, y las bases mínimas aplicadas por las entidades gestoras. Y una de sus sentencias, recurrida en casación por el trabajador migrante, es la que posibilita la primera ocasión en que, tras la integración de España en la Unión Europea, el Tribunal Supremo entró a conocer sobre la cuestión de las bases reguladoras aplicando el Reglamento 1408. En su Sentencia de 25 de febrero de 1992, RCU 1541/1992, el Tribunal Supremo rechazó la tesis de las bases reales máximas recordando que la letra del artículo 47.1.e) del Reglamento

1408, al aludir a "*períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado*", impide considerar las cotizaciones alemanas. Se niega además la existencia de una duda justificativa de cuestión prejudicial con la finalidad de determinar el alcance de la norma comunitaria. Y, en consecuencia, se deja incólume el resultado alcanzado en la sentencia recurrida proveniente del TSJ/Galicia.

Aunque hubo defensas muy razonadas de la tesis de las bases medias<sup>8</sup>, asimismo sufrió intensas críticas doctrinales que provinieron precisamente de las dos posturas enfrentadas que esa tesis pretendía conciliar, a saber bases mínimas y bases máximas.

De un lado, se le achacaba —en particular en sectores doctrinales cercanos a las entidades gestoras defensoras de las bases mínimas— el distanciamiento a la letra de la norma que decía interpretar, así como a su realidad sociológica, pues "*la emigración española no está aún, contrariamente a lo que sucede con la de otros países comunitarios, profesionalmente cualificada ... (de ahí) que la opción de cálculo sobre cotizaciones mínimas se adapte mejor que la de cotizaciones medias a las bases de cotización reales de los interesados que contempla el artículo 47 del Reglamento*"<sup>9</sup>.

Y de otro lado, alguna otra doctrina<sup>10</sup> consideraba que transformar en bases de cotización españolas los salarios extranjeros como si fueran salarios percibidos en España, pero con el límite de las bases mínimas

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ DE LA MATA, Emilio, "Cálculo de la base reguladora de las prestaciones de vejez en España, cuando sea preciso totalizar períodos cotizados en dos o más países comunitarios. Sistema previo y posterior a la integración de España en la CEE", en *Derecho Social Comunitario*, CGPJ, Madrid, 1992.

<sup>9</sup> GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, *Introducción ...*, obra citada, pp. 75 y 76. En igual sentido, GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREA, Carlos, "La cotización extranjera en la pensión de jubilación española", *Tribuna Social*, número 95, 1998, p. 25.

<sup>10</sup> Defendía las bases máximas, entre otros, ROJAS CASTRO, Manuel, "Duda hispano-comunitaria aclarada que precisa clarificación. Estudio de la Sentencia Lafuente Nieto, de 12 de septiembre de 1996, C-251/94, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre la base reguladora y el prorrateo de las pensiones españolas de los trabajadores migrantes", *Aranzadi Social*, número 5, 1997.

<sup>6</sup> Sentencias del Tribunal Supremo —entre otras muchas que se podrían ahora citar— de 11 de noviembre de 1986, de 23 de noviembre de 1987, de 27 de noviembre de 1987, de 2 de diciembre de 1988, de 6 de febrero de 1989, de 6 de julio de 1989, de 18 de octubre de 1989, y de 8 de noviembre de 1989.

<sup>7</sup> Precisamente en la última de las citadas en la nota anterior: la Sentencia de 8 de noviembre de 1989.



y máximas, era lo más acorde con la libertad fundamental de circulación de los trabajadores. Lo que, en aquellas épocas, resultaría en bases máximas dadas las superiores condiciones laborales de los países de destino. Una opinión de la que se hizo eco una autorizada doctrina científica –a la vez magistrado del Tribunal Supremo– concluyendo se discriminaba al migrante frente al sedentario pues si el primero *“hubiera cumplido toda su carrera de seguro en España hubiera tenido con toda probabilidad bases de cotización computables más altas”*<sup>11</sup>.

Aún con esas críticas doctrinales a las espaldas, el reinado de la tesis de las bases medias se mantuvo lo largo de la década de los noventa –si bien la segunda de esas críticas doctrinales, en cuanto fue asumida por un magistrado del Tribunal Supremo, acabó siendo el germen argumental de la cuestión de validez constitutiva del Caso Grajera Rodríguez-. Y se mantuvo de una manera tan sólida que, aunque sufrió hasta dos importantes envites argumentativos, no consiguieron estos sin embargo destronarla.

Un primer envite contra el reinado de las bases medias se produce a consecuencia de la STJUE de 7 de febrero de 1991, Caso Rönfeldt, C-227/89, según la cual es preferente el convenio bilateral si es más beneficioso respecto a los reglamentos comunitarios –doctrina reiterada salvo cuando, antes de la entrada en vigor de esos Reglamentos comunitarios, se hubiese cotizado en un solo país, STJUE de 9 de noviembre de 1995, Caso Thévenon, C-475/93-. Así las cosas, la STS de 15 de octubre de 1993, RCU 963/1993, se debió enfrentar a una argumentación muy incisiva: si el convenio bilateral hispano alemán supone la aplicación de las bases máximas, su aplicación –según la doctrina Rönfeldt– es preferente a los Reglamentos comunitarios. Sin embargo, el Tribunal Supremo, con una muy cuidada fundamentación, niega la premisa mayor y concluye que, en el convenio bilateral hispano alemán también se atiende a

las bases medias<sup>12</sup>, en un llamativo cambio de su anterior jurisprudencia<sup>13</sup>.

Un segundo envite contra el reinado de las bases medias surgió de la cuestión prejudicial, planteada por el TSJ/País Vasco al TJUE, decidida en la Sentencia de 12 de septiembre de 1996, Caso Lafuente Nieto, C-251/94, la cual funda el cálculo sobre *“el importe de las cotizaciones pagadas con arreglo a la legislación de que se trata”*, con lo cual parecía rechazar las tesis de bases máximas, medias y mínimas en cuanto eran bases meramente ficticias, y obligaba a acudir a las bases españolas remotas con la precisión de que *“la cuantía teórica de la prestación así obtenida será adecuadamente revalorizada y aumentada como si el interesado hubiese seguido ejercitando su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trata”*. Pero el Tribunal Supremo recondujo otra vez la situación considerando que, a la vista de la doctrina Lafuente Nieto, la revalorización a la cual esta alude no era la de pensión calculada conforme a las últimas bases españolas –tesis de las bases remotas–, sino una actualización ponderada de las bases de cotización españolas –tesis de las bases medias–, manteniendo así su doctrina aún considerando la modificación del Reglamento 1248/92/CEE, de 30 de abril –STS de 5 de diciembre de 1996, RCU 1879/1995<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Tal solución de bases medias incluso después de la Sentencia Rönfeldt se reiteró, entre otras, en las SSTs de 25 de octubre de 1993, RCU 633/1993, de 3 de mayo de 1994, RCU 2988/1993, de 30 de enero de 1995, RCU 1910/1994, de 3 de marzo de 1995, RCU 1772/1994, de 19 de julio de 1995, RCU 747/1994, o de 7 de octubre de 1995, RCU 3646/1994. Sin embargo, la anterior doctrina no era una doctrina tan aplastante como aparentaba dada su reiteración, y así es que la STS de 27 de marzo de 1995, RCU 658/1994, contenía un voto particular donde se pedía plantear una cuestión prejudicial.

<sup>13</sup> Un detallado análisis de los argumentos de esta STS, con un cuestionamiento importante de los mismos, lo encontramos en OJEDA AVILÉS, Antonio, “El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 1/2000, BIB 2000\9.

<sup>14</sup> Tal solución de bases medias incluso después de la Sentencia Lafuente Nieto se reiteró, entre otras, en las SSTs de 17 de enero de 1997, RCU 3288/1995, de 10 de febrero de 1997 (2), RCU 1145/1995 y 1875/1995, de 12 de febrero de 1997, RCU 1876/1995, y de 15 de julio de 1997, RCU 171/1997.

<sup>11</sup> DESDENTADO BONETE, Aurelio, “La Seguridad Social de los trabajadores españoles migrantes en la unificación de doctrina”, *Noticias de la Unión Europea*, número 157, 1998, p. 92.

Entendimiento asimismo tenido como más correcto por autorizada doctrina científica<sup>15</sup>.

## LA REFORMA DEL REGLAMENTO 1248/92/CEE, DE 30 DE ABRIL, Y EL CASO GRAJERA RODRÍGUEZ: DE LAS BASES MEDIAS A LAS BASES REALES

Paralelamente al expuesto devenir jurisprudencial se reformó el Reglamento 1408, a través del Reglamento 1248/92/CEE, de 30 de abril, pasando el artículo 47.1.e) a ser el artículo 47.1.g), e introduciendo en el Anexo VI una especificación aplicable a España según la cual (1) “el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española”, y (2) “la cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculados para cada año posterior y hasta el año anterior al hecho causante, para las pensiones de la misma naturaleza”. La reforma normativa confirmaba la interpretación de retroacción del cálculo de la base reguladora al momento anterior a las últimas cotizaciones anteriores a la salida al extranjero, y además pretendía salir al paso de una de las críticas realizadas al artículo 47.1.e) del Reglamento 1408: la ausencia de contemplación de un mecanismo de actualización.

Aún así, las entidades gestoras —en particular cuando se trataba de la aplicación del Convenio bilateral Hispano Alemán-, e inducidamente los tribunales de justicia, siguieron atendiendo al hecho causante como fecha de determinación del *dies a quo* del arco temporal a considerar, cubriendo las lagunas con unas bases ficticias: las entidades gestoras

<sup>15</sup> “La única manera razonable de complimentar el fallo luxemburgués es con la teoría jurisprudencial española de las bases medias. Con lo que, a la postre, nuestro Alto Tribunal se habría adelantado al TJCE, aunque sin invocar, como quizá hubiere sido aconsejable, los arts. 48 y 51 del Tratado, sobre seguridad social de los migrantes, cuyas reglas no pueden perjudicarles por el mero hecho de serlo” (RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, “Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez: nota de urgencia a la STJCE de 12 de septiembre de 1996, Caso Lafuente”, *Actualidad Laboral*, número 1, 1997).

con las bases mínimas y los tribunales de justicia con las bases medias. Y dada la porfía jurisprudencial en las bases medias, el Tribunal Supremo —con ocasión del primer caso que conoció al cual se debía aplicar la reforma del Reglamento 1408- interpuso, mediante Auto de 17 de marzo de 1997, RCU 2062/1996, cuestión prejudicial de validez apuntando la incompatibilidad de esa reforma con la libertad fundamental de circulación de los trabajadores reconocida en los tratados originarios.

Interpuesta esa cuestión y antes de su resolución, el TJUE, dando respuesta a una cuestión —esta de interpretación- interpuesta por el TSJ/Extremadura, reiteró, en Sentencia de 9 de octubre de 1997, Caso Naranjo Arjona y otros, C-31 a 33/96, la doctrina Lafuente Nieto de consideración de las cotizaciones españolas debidamente actualizadas, con la matización Rönfeldt/Thévenon de la aplicación preferente de los convenios bilaterales más beneficiosos si el trabajo del migrante es anterior a la entrada en vigor de los reglamentos comunitarios. Así las cosas, no resultaba previsible que, después de la reiteración de la doctrina Lafuente Nieto en el Caso Naranjo Arjona y otros, el TJUE fuera a declarar la invalidez de normas que había aplicado sin cuestión.

Por ello, la STJUE de 17 de diciembre de 1998, Caso Grajera Rodríguez, C-153/97, al dar respuesta a la cuestión de validez interpuesta por el Tribunal Supremo, no lleva mucho trabajo en afirmar la validez de unas normas comunitarias que “no imponen un método particular de determinación de las bases de cotización ni ningún método de actualización de dichas bases o de la pensión correspondiente” sino que solo pretenden que “la cuantía de pensión se corresponda con la que habría percibido el trabajador migrante si hubiese seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trate ... (teniendo) en cuenta únicamente los períodos de seguro cubiertos con arreglo a la legislación de que se trate”.

De la literalidad de las normas comunitarias cuestionadas en el Caso Grajera Rodríguez, y de las anteriores afirmaciones contenidas en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, racionalmente se deducen las siguientes conclusiones:



(1) La validez de la regulación contenida en el Anexo VI del Reglamento 1408, que atiende exclusivamente a las bases reales españolas actualizadas, con el consiguiente rechazo de la tesis de las bases medias porque el cálculo no se fundamenta en las cotizaciones pagadas con arreglo a la legislación española –y lo mismo cabría concluir respecto de las tesis de las bases mínimas y las bases máximas, que, en consecuencia, no resultan acogibles al tratarse todas ellas de bases de carácter ficticio–.

(2) La consiguiente consideración de la fecha de la última cotización española como *dies a quo* del arco temporal a considerar para el cálculo de la base reguladora, argumentando que atender a la fecha del hecho causante obligaría a considerar un periodo de referencia en el que el migrante no participó en la financiación del régimen, argumento que ha sido tachado de inconsistente por la doctrina científica porque los elementos de contributividad y carga financiera operan al aplicar la *pro rata temporis*<sup>16</sup>.

(3) La actualización de la pensión atendiendo a los aumentos y revalorizaciones previstos para las pensiones españolas –actualización *ex post*–; pero admitiendo cualquier otro método de actualización diferente –incluyendo la actualización *ex ante* de las bases de cotización– si el previsto no garantiza la adecuada actualización exigida por la libertad fundamental de circulación de trabajadores, siendo el órgano judicial nacional quien determinará los medios más apropiados para alcanzar dicho resultado.

El Caso Grajera Rodríguez llevó a la mayoría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de marzo de 1999, RCU 2062/1996 –con un voto particular donde se sostiene una lectura más favorable a los intereses de los migrantes, aunque no ha pasado de ser una opinión discrepante– a admitir la tesis de las bases reales españolas durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización española

con posterior revalorización de la pensión así obtenida. Lo que supone la exclusión de las bases medias. Ahora bien, se apuntan, en consonancia con la Sentencia Grajera Rodríguez, dos matices: la posibilidad de aplicar otras reglas de actualización y la posibilidad de aplicar un convenio bilateral más favorable. Pero por razones de congruencia y por lo extraordinario de la casación, el Tribunal Supremo decide no aplicar en el caso ninguna de las dos posibilidades que apunta su Sentencia.

Sentencia esta del TS objeto de críticas doctrinales. En primer lugar, porque *“debería haber repreguntado sobre el mecanismo adecuado para la cobertura de las lagunas parciales que pudieran existir en el periodo de referencia, cuestión que pone de manifiesto el absurdo que encierra el sistema de cálculo impuesto en el Anexo”*<sup>17</sup>. En segundo lugar, porque, de no haber repreguntado, debió *“dar pautas de cómo deberían cubrirse las lagunas parciales de bases de cotización, o cuál sería el mejor sistema para la actualización de las mismas”*<sup>18</sup>. Y, en tercer lugar, porque no aplicar de oficio la actualización prevista en la norma comunitaria es *“exégesis que no resulta ajustada a la doctrina del TJCE que ha reconocido la obligación de los tribunales nacionales de aplicar de oficio el Derecho comunitario, incluso cuando las partes no lo hayan hecho valer en la instancia y la ley nacional impida aplicarlo de oficio”*<sup>19</sup>.

#### LA UTILIZACIÓN DE MECANISMOS DE ACTUALIZACIÓN ALTERNATIVOS CON LA FINALIDAD DE MODERAR LAS NIMIAS CUANTÍAS DE LAS BASES REGULADORAS

El Reglamento 1248/92/CEE, de 30 de abril, introdujo en el Anexo VI una especificación aplicable a España según la cual *“la*

<sup>17</sup> CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, La coordinación ..., obra citada, p. 293.

<sup>18</sup> CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, La coordinación ..., obra citada, p. 294.

<sup>19</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ediciones Laborum, Murcia, 2005, p. 110.

<sup>16</sup> CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004, p. 292.

cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculados para cada año posterior y hasta el año anterior al hecho causante, para las pensiones de la misma naturaleza". Se trata de una actualización *ex post* al cálculo de la pensión, y aplicable en consecuencia a la cuantía de la propia pensión. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido asimismo la actualización de la cuantía de las bases de cotización *ex ante* al cálculo de la pensión en sus tres Sentencias sobre la cuestión (Lafuente Nieto, Naranjo Arjona y Grajera Rodríguez). Por ello, el Reglamento 1223/98/CE, de 4 de junio de 1998, suprimió de dicha norma comunitaria el inciso "*hasta el año anterior al hecho causante*", explicándose –en el Preámbulo de ese Reglamento– que la reforma sigue la doctrina sentada en la Sentencia Lafuente Nieto.

A la vista de la permisibilidad de aplicar otras reglas de actualización diferentes a la del Anexo VI del Reglamento 1408, pudiendo ser la actualización tanto de las bases de cotización –actualización *ex ante*– como de la cuantía de la propia pensión –actualización *ex post*–, se ha admitido que la actualización atiende a los incrementos experimentados por el salario mínimo interprofesional. Tal mecanismo de actualización, nacido en el seno del TSJ/Castilla y León (Valladolid)<sup>20</sup>, lo han avalado las SSTs de 12 de marzo de 2003, RCU 1929/2002, de 3 de junio de 2003, RCU 2627/2002, y de 18 de diciembre de 2008, RCU 320/2008, argumentando que "*la doctrina de esta Sala autoriza a la utilización de otros criterios, distintos al de las últimas de cotizaciones efectuadas por el trabajador emigrante a la Seguridad Social española, siempre y cuando, los mismos, se propongan y respondan a principios de ponderación y equilibrio*", además de que resulte ser "*un sistema de cálculo adecuado y equitativo*".

<sup>20</sup> SSTSJ/Castilla y León (Valladolid) de 20 de mayo de 2002, Rec. Sup. 988/2002, de 24 de febrero de 2006, Rec. Sup. 164/2006, de 3 de octubre de 2007, Rec. Sup. 1411/2007, de 12 de mayo de 2009, Rec. Sup. 695/2009, de 12 de mayo de 2009, Rec. Sup. 705/2009, de 28 de abril de 2010, Rec. Sup. 513/2010, de 2 de febrero de 2011, Rec. Sup. 2129/2010, o de 8 de mayo de 2017, Rec. Sup. 609/2017. Por citar alguna en igual sentido de otros TTSSJJ, STSJ/Valencia de 10 de enero de 2006, Rec. Sup. 3407/2005.

Igualmente el Tribunal Supremo –en un *obiter dicta* en las recién citadas Sentencias– ha puesto como ejemplo de mecanismo de actualización admisible "*el previsto en el artículo 162 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social*" (actual 209 de la LGSS/2015), es decir, si lo entendemos bien, utilizando el índice de precios al consumo.

Transitando asimismo este sendero de actualización *ex ante* al cálculo de la pensión, algún TSJ ha admitido la cobertura con los promedios salariales anteriores al hecho causante correspondientes con la categoría profesional del trabajador migrante<sup>21</sup>.

En suma, lo relevante no es si la actualización es *ex ante* o *ex post* pues dada la propiedad conmutativa de las operaciones aritméticas de suma y multiplicación, ambas conducen a un mismo resultado siempre que se tomen los mismos índices de actualización. Sino que lo relevante es el índice de actualización más adecuado: "*el importe de los aumentos y revalorizaciones calculados ... para las pensiones de la misma naturaleza*" es el índice contemplado en la norma comunitaria; el incremento

<sup>21</sup> STSJ/Andalucía (Sevilla) de 16 de julio de 2009, Rec. Sup. 2281/2008: "*La pretensión principal deducida por el actor en la demanda tenía por objeto que la base reguladora de 18,63 €, reconocida por el INSS, se incrementase teniendo en cuenta al efecto que, de haber continuado realizando la actividad de caminero de galerías en el interior de mina de carbón en España en lugar de emigrar y trabajar en Francia, los salarios que percibía a la fecha de su última cotización en España (en marzo de 1964) se habrían incrementado hasta alcanzar como salario medio para un obrero de la extracción y aglomeración de antracita, hulla, lignito, turba, a final del año 2000, la cantidad de 1.900 €, y que el salario medio de los obreros de la industria en ese mismo periodo era de 1.374,51 €, concluyendo a partir de esos datos que la base reguladora de la pensión que le habría correspondido alcanzaría al menos la cantidad de 939,13 €, resultante de aplicar la media aritmética entre la base máxima y la mínima vigentes en el periodo de cómputo de la base reguladora comprendido entre febrero de 1988 y enero de 2001 ... No habiéndose cuestionado las bases de cálculo del incremento postulado sino únicamente el criterio utilizado para la actualización, hay que decir que el mismo ... se revela adecuado para obtener una actualización efectiva de la base reguladora de manera que la cuantía de la prestación se corresponda con la que habría percibido el trabajador migrante si hubiese seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en España ... actualización ... que conduce a un resultado más favorable para el trabajador, más acorde con la finalidad perseguida por la doctrina comunitaria*".

del salario mínimo interprofesional, del índice de precios al consumo o de los salarios en el convenio colectivo aplicable han sido índices admitidos en la doctrina jurisprudencial. Tendencialmente estos últimos permiten una mejor actualización y, en consecuencia, suponen una mejor garantía de la libertad fundamental de circulación de trabajadores.

Igualmente se ha apuntado —en una opinión que comparto y que era operativa bajo la regulación del Reglamento 1408, aunque entiendo que, tras el Reglamento 883, ya no será necesario invocar esta opinión porque su correcta aplicación siempre debería garantizar una base reguladora mínima— que, a efectos de garantizar la adecuada actualización, se podría extrapolar la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de septiembre de 1998, Caso Stinco, C-132/96, que permite el incremento de la cuantía teórica hasta un mínimo coincidente con el monto de la pensión de jubilación contributiva mínima existente en cada país. Y ello aún reconociendo *“que la doctrina Stinco está lejos de ser la solución óptima a la problemática del cálculo de la pensión teórica, pero su aplicación permitiría garantizar al menos una cuantía teórica mínima mediante la aplicación del complemento por mínimos, lo que impediría liquidar pensiones de jubilación excesivamente reducidas”*<sup>22</sup>.

### LA PERSISTENCIA TRANSITORIA DE LA TESIS DE LAS BASES MEDIAS AL AMPARO DE LA POSIBILIDAD DE APLICAR UN CONVENIO BILATERAL MÁS FAVORABLE

A partir del Caso Grajera Rodríguez se ha reiterado —aunque algunas veces no se haya aplicado a causa del principio de congruencia y del carácter extraordinario del recurso de casación— la tesis de las bases medias con

sustento en el carácter más beneficioso con respecto a los Reglamentos comunitarios del Convenio bilateral Hispano Alemán de 4 de diciembre de 1973<sup>23</sup> en un nutridísimo grupo de sentencias de casación para la unificación de doctrina<sup>24</sup>. Solución extendida al Convenio bilateral Hispano Holandés de 5 de febrero de 1974<sup>25</sup> con el argumento de que contiene *“una remisión genérica al ordenamiento español de la Seguridad Social, en el cual, de acuerdo con jurisprudencia consolidada, las cotizaciones teóricas incorporadas a la base reguladora de las pensiones españolas han de referirse a cotizaciones medias”*<sup>26</sup>. Posteriormente se interpretó en el sentido de bases medias el Convenio bilateral Hispano Francés de 31 de

<sup>23</sup> Convenio bilateral Hispano Alemán de 4 de diciembre de 1973, BOE de 28.10.1977, y con vigencia desde 1.11.1977, que en su artículo 25 establece que *“cuando todo o parte del periodo de cotización elegido por el solicitante se hubiera cumplido en la República Federal, el organismo competente español determinará dicha base reguladora sobre las bases de cotización vigentes en España durante dicho periodo o fracción para los trabajadores de la misma categoría profesional que la persona interesada”*.

<sup>24</sup> SSTs de 10 de marzo de 1999, RCU 3796/1997, de 12 de marzo de 1999, RCU 3792/1997, de 15 de marzo de 1999, RCU 3016/1996, de 16 de marzo de 1999, RCU 2921/1996, de 15 de abril de 1999, RCU 982/1998, de 7 de mayo de 1999, RCU 3071/1997, de 11 de mayo de 1999, RCU 669/1997, de 1 de junio de 1999, RCU 1328/1998, de 7 de junio de 1999 (2), RCU 3713/1997 y 4246/1997, de 21 de julio de 1999, RCU 3772/1998, de 30 de septiembre de 1999, RCU 4300/1998, de 20 de enero de 2000, RCU 2516/1997, de 30 de mayo de 2000, RCU 2816/1999, de 16 de mayo de 2002, RCU 3627/2001, de 14 de febrero de 2003, RCU 1386/2002, y de 16 de mayo de 2003, RCU 3899/2002.

<sup>25</sup> Convenio Hispano Holandés de 5 de febrero de 1974, BOE de 20.3.1985 y con vigencia desde 1.12.1974, que en su artículo 24.1.b) establece que *“si el derecho se adquiriese en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior, dicha institución determinará, en primer lugar, la cuantía de la prestación que correspondería al interesado si todos los periodos de seguro, totalizados de acuerdo con las normas a las que se refiere el artículo anterior, se hubieran cumplido, exclusivamente, bajo su propia legislación”*.

<sup>26</sup> SSTs de 28 de mayo de 2002, RCU 2838/2001, de 30 de septiembre de 2002, RCU 223/2002, de 21 de octubre de 2002, RCU 276/2002, de 16 diciembre de 2002, RCU 635/2002, de 30 de septiembre 2003, RCU 4459/2002, de 10 de noviembre de 2003, RCU 3730/2002, de 13 de noviembre de 2003, RCU 4792/2002, de 15 de mayo de 2004, RCU 1815/2003, de 16 de junio de 2004, RCU 4399/2003, de 22 de diciembre de 2004, RCU 6079/2003, de 28 de diciembre de 2004, RCU 1956/2003, de 30 de enero de 2007, RCU 4557/2005, y de 3 de junio de 2008, RCU 687/2007.

<sup>22</sup> CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, “Cálculo de la pensión de jubilación española en el marco de la coordinación comunitaria: determinación de la cuantía teórica” en Migrantes y Derecho: Problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España (dir. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina; coord. CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana María), Ediciones Laborum, Murcia, 2006, pp. 110 y 111.

octubre de 1974<sup>27</sup> dado su contenido similar en el extremo de interés al Convenio bilateral Hispano Holandés<sup>28</sup>, y el Convenio bilateral con el Reino Unido de 13 de septiembre de 1974<sup>29</sup> por igual similitud con el Hispano Holandés<sup>30</sup>.

Pero no al Convenio bilateral Hispano Sueco de 4 de febrero de 1983<sup>31</sup> porque contiene una *“referencia a las bases mínimas (que) impide, literalmente, su interpretación como bases medias, según se ha hecho al interpretar, jurisprudencialmente, el convenio hispano alemán, que habla de bases de cotización”*<sup>32</sup>.

Con relación al Convenio bilateral Hispano Belga de 28 de noviembre de 1956<sup>33</sup>, el Tri-

bunal Supremo ha reconsiderado su doctrina, de manera que, si en un primer momento se entendieron aplicables las bases medias<sup>34</sup>, posteriormente —y la verdad es que no mucho después<sup>35</sup>— se entendieron aplicables las bases reales españolas porque la norma convencional aplicable ha tomado como referencia *“los salarios comprobados durante el período de seguro cumplido en dicho país”*, de modo que *“en casos en que el asegurado cotiza primero en España y después en Bélgica donde lo hace en el período inmediatamente anterior al hecho causante, las bases de cotización que se han de tomar en consideración para calcular la base reguladora de la pensión de jubilación que debe abonar la Seguridad Social española, son las correspondientes al período de seguro acreditado en nuestro país, es decir las bases reales, o bases remotas”*.

Interesa destacar de la STS de 24 de octubre de 2017, RCU 3006/2015, relativa al Convenio bilateral Hispano Belga, que descarta la aplicabilidad de la cláusula de nación más favorecida —que la doctrina de suplicación había utilizado en ocasiones como argumentación *a fortiori* de la tesis de las bases medias en algunos convenios bilaterales, y, en concreto, para el Hispano Belga— contenida en el Acuerdo Provisional Europeo sobre los Regímenes de Seguridad Social relativos a la vejez, invalidez y los sobrevivientes y su Protocolo Adicional, BOE de 21.3.1984, alcanzado en el marco del Consejo de Europa, porque el mismo *“fue sustituido, en relación con los Estados que lleguen a ser parte en el mismo, como es el caso de España y Bélgica, por el Convenio Europeo de Seguridad Social y Acuerdo complementario para la aplicación del mismo hecho en París el 14 de diciembre de 1972 (BOE 11.12.1986), que no contiene una previsión similar ... lo que hace innecesarias mayores consideraciones al respecto”*.

¿Nos encontramos con un ajuste de doctrina en relación con ese solo convenio, o es-

<sup>27</sup> Convenio Hispano Francés sobre Seguridad Social de 31 de octubre de 1974, BOE de 24.3.1976 y con vigencia desde 1.4.1976, que establece en su artículo 34 que, *“la institución competente de cada país determinará el importe teórico de la prestación a que el asegurado tendría derecho si todos los períodos de seguro o equivalentes ... hubiese sido cumplidos exclusivamente bajo su propia legislación”*.

<sup>28</sup> SSTS de 20 de abril de 2010, RCU 1604/2009, y de 15 de septiembre de 2010, RCU 4056/2009.

<sup>29</sup> Convenio entre España y el Reino Unido sobre Seguridad Social, BOE de 31.3.1975 y vigente desde 1.4.1975, cuyo artículo 16.4.a) establece al respecto que *“cualquier período de cotización que haya completado de acuerdo con la legislación de la otra Parte, se considerará como si fuera, respectivamente, período de cotización completado de acuerdo con la legislación de la Primera Parte”*.

<sup>30</sup> STS de 31 de enero de 2011, RCU 714/2010.

<sup>31</sup> Convenio bilateral Hispano Sueco de 4 de febrero de 1983, BOE de 12.7.1984 y vigente desde 1.7.1984, establece en su artículo 17.2/3 que *“cuando todo o parte del período de cotización elegido por el solicitante para el cálculo de su base reguladora de prestaciones se hubiera cumplido en Suecia, el Organismo asegurador competente español determinará dicha base reguladora sobre las bases mínimas de cotización vigentes en su legislación, durante dicho período o fracción, para los trabajadores de la misma categoría profesional que últimamente haya ostentado u ostente en España la persona interesada, o sobre las bases de cotización que en su caso hubiera escogido el trabajador”*, y que *“en ningún caso la base reguladora de la prestación para los trabajadores por cuenta ajena será inferior al promedio de las cuantías que hubiera tenido el salario mínimo interprofesional durante el período elegido”*.

<sup>32</sup> STS de 25 de marzo de 2009, RCU 1144/2008.

<sup>33</sup> Convenio bilateral Hispano Belga sobre Seguridad Social de 28 de noviembre de 1956, BOE de 13.5.1958 y vigente desde 1.7.1958, que establece en su artículo 19 que, *“si de acuerdo con la legislación de uno de los dos países contratantes, para la liquidación de las prestaciones, se tiene en cuenta el salario medio de todo el período de seguro o de una parte de*

*dicho período, el salario medio tomado en consideración para calcular las prestaciones a cargo de tal país se determinará según los salarios comprobados durante el período de seguro cumplido en dicho país”*.

<sup>34</sup> STS de 14 de febrero de 2018, RCU 2530/2015.

<sup>35</sup> STS de 24 de octubre de 2017, RCU 3006/2015.



tamos ante una avanzadilla de lo que puede ser un cambio general hacia posiciones más restrictivas en orden a la apreciación de la tesis de las bases medias? Ciertamente, en la doctrina judicial parecía subyacer una tendencia a la aplicación de la tesis de las bases medias como principio general salvo que en el convenio se aluda específicamente a las bases mínimas –como ocurre en el Convenio bilateral Hispano Sueco-, y este cambio de doctrina en relación con el Convenio bilateral Hispano Belga parece apuntar a la exigencia de una remisión genérica a la legislación española –como las de los Convenios bilaterales Hispano Alemán, Hispano Holandés, Hispano Francés o con el Reino Unido-. Sea un mero ajuste de doctrina en relación con ese solo convenio, o una avanzadilla de lo que puede ser un cambio general hacia posiciones más restrictivas en orden a la apreciación de la tesis de las bases medias, este cambio nos demuestra en todo caso el escaso recorrido que a estas alturas le queda a la tesis de las bases medias.

Por lo demás, el Tribunal Supremo no ha entrado a analizar más Estados miembros de la Unión Europea, y, en concreto, no ha entrado a analizar el Convenio bilateral Hispano Luxemburgués de 8 de mayo de 1969<sup>36</sup>, el Convenio bilateral Hispano Portugués de 11 de junio de 1969<sup>37</sup>, o el Convenio bilateral His-

pano Italiano de 30 de octubre de 1979<sup>38</sup>. Iremos viendo qué es lo que ocurre si se llegan a plantear litigios.

El Convenio bilateral Hispano Suizo de 13 de octubre de 1969<sup>39</sup> ha generado controversia en la doctrina de suplicación, pues algunas sentencias aplican bases medias<sup>40</sup>, aunque parece mayoritaria la aplicación de las mínimas –en muchos casos, los demandantes ya lo pedían así al considerar más favorables las

*el de los 24 meses consecutivos anteriores a la última salida de España.*

<sup>38</sup> Convenio bilateral Hispano Italiano de 30 de octubre de 1979, BOE de 15.12.1983 y con vigencia desde 1.12.1983, que establece en su artículo 18.4.b) que *"cuando la totalidad o parte del plazo de cotización elegido por el solicitante para la determinación de su base de cálculo hubiere sido cumplido en Italia o en un tercer Estado al que se aplique el apartado 1, subapartado c), del presente artículo (que se refiere a terceros Estados ligados a ambas Partes Contratantes por otros convenios de Seguridad Social que prevean la totalización de los periodos de seguro), la Institución competente española determinará dicha base de cálculo utilizando las bases mínimas de cotización que durante tal periodo o fracción del mismo estuvieren vigentes en España para los trabajadores de la misma profesión ejercida por el interesado en España, o a partir de las bases que en el caso respectivo hubiera elegido el trabajador para cotizar"*, agregando que *"la base de cálculo de la prestación no podrá en ningún caso ser inferior a la media del salario mínimo interprofesional que estuviera en vigor en el plazo elegido"*.

<sup>39</sup> Instrumento de ratificación de 24 de noviembre de 1982 del Convenio adicional al Convenio bilateral Hispano Suizo de 13 de octubre de 1969, firmado en Berna el 11 de junio de 1982, BOE de 28.10.1983 y con vigencia desde 1.11.1983, que establece al respecto en su artículo 14 que *"cuando en aplicación de lo previsto en el artículo 13 la totalidad o parte de los periodos de cotización elegidos por un 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 periodo 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 o, tratándose de trabajadores autónomos o de otros colectivos de trabajadores con análogo sistema de cotización a estos, tomando la base de cotización sobre la que el trabajador últimamente ha cotizado, agregando que" en ningún caso la base reguladora aplicable podrá ser inferior al promedio del salario mínimo interprofesional que estuviera en vigor durante el periodo elegido"*.

<sup>40</sup> STSJ/Madrid de 18 de julio de 2011, Rec. Sup. 3053/2011, STSJ/Castilla y León (Burgos) de 9 de marzo de 2015, Rec. Sup. 67/2015, y STSJ/Castilla y León (León) de 19 de septiembre de 2016, Rec. Sup. 1229/2016.

<sup>36</sup> Convenio Hispano Luxemburgués sobre Seguridad Social de 8 de mayo de 1969, BOE de 23.4.1973 y vigente desde 1.1.1972, que establece en su artículo 22.1 que *"la base reguladora de la pensión será el promedio de las bases de las cotizaciones efectuadas en España durante un periodo ininterrumpido de 24 meses, elegidos por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que se produzca el hecho causante de la prestación o, en su defecto, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de la última salida de España"*, y que *"si en el periodo elegido existieran periodos de seguro computables en Luxemburgo, el promedio de las bases de las cotizaciones realizadas en España se extenderá al tiempo cotizado en Luxemburgo durante estos periodos"* (este artículo se modificó por Acuerdo Complementario de 27.6.1975, BOE de 26.5.1975 y con vigencia desde 1.6.1977).

<sup>37</sup> Convenio bilateral Hispano Portugués sobre Seguridad Social de 11 de junio de 1969, BOE de 28.7.1970 y con vigencia desde 1.7.1990, que establece en su artículo 17.1.c) que *"para la determinación de la base reguladora de la pensión, se aplicará a los periodos de seguro en Portugal el promedio de las cotizaciones satisfechas en España en los meses que se tomen en consideración dentro del periodo elegido o, en su defecto,*

bases mínimas de este convenio bilateral que las remotas actualizadas de los reglamentos comunitarios<sup>41</sup>.

Conviene incidir, en fin, en que la posibilidad de aplicar un convenio bilateral más favorable a los reglamentos comunitarios está limitada por tres condicionantes.

El primero, derivado de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, es el de que se alegue el convenio bilateral aplicable más beneficioso a los efectos de su aplicación en el recurso de casación para la unificación de doctrina por razones de congruencia y por lo extraordinario del recurso. En el ámbito del recurso de suplicación, asimismo extraordinario, se le ha exigido al recurrente “que diga cuáles son las bases a tener en cuenta, en qué cuantía y período, y en qué medida resultan más favorables”<sup>42</sup>. Sin embargo, el principio general de *iura novit curia* debería conllevar que, cuando menos en la instancia procesal, una cierta flexibilidad en la aplicación de esta doctrina.

El segundo, derivado de la doctrina Rönfeldt/Thévenon, es el de que se debe haber migrado bajo la vigencia de los convenios bilaterales más favorables, es decir con anterioridad a la aplicación de los reglamentos comunitarios, lo que se concreta, en relación con los Estados miembros adheridos a la Unión Europea con anterioridad a la adhesión de España, en el 1 de enero de 1986, y, en relación con los adheridos después de la adhesión de España, en la fecha que corresponda a la efectividad de la adhesión de esos Estados. Con lo cual, estamos ante una disposición transitoria a favor de las bases medias que con el paso del tiempo ira yendo a menos hasta desaparecer completamente.

Y el tercero –que no es tanto un condicionante para la aplicación de las bases medias

<sup>41</sup> STSJ/Galicia de 18 de mayo de 2009, Rec. Sup. 511/2006, STSJ/Galicia de 17 de marzo de 2010, Rec. Sup. 6132/2006, STSJ/Galicia de 22 de septiembre de 2010, Rec. Sup. 1228/2007, STSJ/Galicia de 20 de mayo de 2011, Rec. Sup. 5766/2009, STSJ/Galicia de 6 de mayo de 2015, Rec. Sup. 1886/2013, STSJ/Galicia de 6 de mayo de 2016, Rec. Sup. 4571/2015, STSJ/Andalucía (Sevilla) de 7 de julio de 2016, Rec. Sup. 2005/2015, y STSJ/Galicia de 16 de enero de 2017, Rec. Sup. 2616/2016.

<sup>42</sup> STSJ/Galicia de 14 de mayo de 2008, Rec. Sup. 1745/2005.

en base a un convenio bilateral más favorable, como su presupuesto de aplicación-, es el de que haya un convenio bilateral entre España y el Estado miembro de la Unión Europea que es destino de la migración –con algunos no hay convenio, como es el caso de Dinamarca<sup>43</sup>- con una previsión habilitante de las bases medias, apreciándose un cierto tránsito en la doctrina judicial desde una posición más laxa según la cual se acogía la tesis de las bases medias como principio general salvo que en el convenio se aluda específicamente a las bases mínimas –como ocurre en el Convenio bilateral Hispano Sueco-, a una posición más exigente según la cual es necesario se haga una remisión genérica a la legislación española –como las de los Convenios bilaterales Hispano Alemán, Hispano Holandés, Hispano Francés o con el Reino Unido-, de ahí precisamente el cambio doctrinal en orden al Convenio bilateral Hispano Belga –cuya aplicación inicialmente se consideró como bases medias, y finalmente remotas-.

#### EL PROBLEMA DE LA DOBLE PRORRATA EN EL SISTEMA DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS Y LA SOLUCIÓN DADA EN EL CASO SALGADO GONZÁLEZ

El problema de la cuantía de las bases reguladoras en el Reglamento 1408 no solo surge de la elección de un método adecuado de actualización, sino, además, de que, al calcularse las bases reguladoras de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente por enfermedad profesional sobre un arco temporal que es susceptible de coincidir en todo o en parte con períodos cotizados en el extranjero, se generan en esos periodos vacíos de cotización sin que ello altere la fórmula de cálculo consiste en dividir la suma totalizada de las cotizaciones reales españolas entre los divisores previstos en las normas internas españolas –artículos 197 y 209 de la LGSS-. Y la cuestión se ha visibilizado mayormente a causa de las sucesivas reformas de la normativa interna española dirigidas a incrementar los divisores –actualmente, son 112 para la

<sup>43</sup> STSJ/Galicia de 9 de octubre de 2017, Rec. Sup. 1957/2017.



incapacidad permanente por enfermedad común y 350 para la jubilación-. De este modo, y además de la *pro rata temporis* contemplada en la normativa comunitaria, que determina que la pensión teórica solo sea abonada por España en función del tiempo de cotización en España, se añade la división de la suma totalizada de las cotizaciones españolas entre los divisores cada vez mayores que legalmente correspondan conforme a la normativa interna española. Se produce entonces una doble prorrata que no solo es injusta por duplicar los efectos reductores de la pensión, además supone dejar en manos de la legislación interna la eficacia coordinadora de los reglamentos comunitarios en cuanto que siempre se puede ampliar el divisor hasta el máximo de vida laboral de la persona.

A la vista de la fórmula de cálculo de la base reguladora de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común, hay dos maneras teóricamente posibles para solventar el problema de la doble prorrata: la primera sería cubrir la totalidad de los vacíos de cotización existentes en el dividendo de la fórmula con una proyección actualizada de las cotizaciones españolas; la segunda sería ajustar el divisor para excluir el equivalente a los periodos cotizados en el extranjero. Matemáticamente, ambas maneras deben llevar al mismo resultado cuantitativo siempre que la cobertura de vacíos en que consiste la primera de las dos maneras apuntadas sea completa y la actualización adecuada. En todo caso, esa primera manera resulta más compleja y difícil de aplicar si no es a través de una reforma normativa. Por el contrario, la segunda manera es solo un ajuste en el divisor que se podría hacer por vía judicial con la finalidad de garantizar la libertad fundamental de circulación de los trabajadores.

Bajo estas circunstancias normativas, se entiende el Caso Salgado González. Se trataba de una trabajadora que acreditaba cotizados en España, a través del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, un total de 3.711 días (de 1.2.1989 a 31.3.1999) y en Portugal un total de 2.100 días (de 1.3.2000 a 31.12.2005). O sea, sobre dos tercios de la vida laboral se habían desarrollado en España, y el tercio restante, el más cercano a la fecha del hecho causante, se había desarrollado en

Portugal. Al no haber ningún mecanismo de cobertura de lagunas en el Reglamento 1408 y al no prever la normativa interna la cobertura de lagunas con bases mínimas para los trabajadores autónomos, no se cubrieron las lagunas, resultando una base reguladora de 336,83 € con un porcentaje a cargo de España del 63,86%, con lo cual, además de esta *pro rata temporis* prevista en la norma comunitaria, se generaba una segunda e indeseable prorrata al dividir la totalidad de las cotizaciones españolas entre la totalidad de los años cotizados en España y Portugal sin llenar las lagunas de los años cotizados en Portugal, ni ajustar el divisor.

Se cuestiona en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial<sup>44</sup> la doble prorrata, no desde la perspectiva del entonces vigente Anexo VI del Reglamento 1408, sino desde la perspectiva de la libertad fundamental de libre circulación de trabajadores del artículo 45 del TFUE, y del principio de igualdad de trato de los trabajadores sedentarios y migrantes –artículos 48 del TFUE y 3 del Reglamento 1408-. Partiendo de ese cuestionamiento, se pregunta al TJUE si en efecto se produce una vulneración de esas normas comunitarias, y, de ser ello así, si se puede solventar ajustando el divisor en la formulación de las reglas internas de cálculo de la pensión de jubilación con el fin de tomar en consideración el hecho de que la trabajadora en cuestión ha ejercido su derecho a la libre circulación. Subsidiariamente, se planteaba la aplicación analógica de la nueva regla de cobertura de lagunas contenida en el Anexo XI del Reglamento 883.

La STJUE de 21 de febrero de 2013, Caso Salgado González, C-282/11, no analiza la cuestión bajo la óptica del Reglamento 883 al considerarlo inaplicable *ratione temporis*, sino que lo hace en base al Reglamento 1408, pero sometiéndolo al escrutinio de la libertad fundamental de circulación de trabajadores garantizada a través del artículo 48 del TFUE: “El Reglamento 1408/71 deben interpretarse a la luz del objetivo fijado por el artículo 48 TFUE, que implica concretamente que los trabajadores migrantes no deben su-

<sup>44</sup> Auto TSJ/Galicia de 9 de mayo de 2011, Rec. Sup. 3645/2007.

frir una reducción de la cuantía de las prestaciones de seguridad social por el hecho de haber ejercitado su derecho a libre circulación” –apartado 43-.

Identifica el TJUE, en un primer paso, la doble prorratea cuando afirma que “la Sra. Salgado González cotizó al régimen de seguridad social español desde el 1 de febrero de 1989 hasta el 31 de marzo de 1999, por un total de 3.711 días –esto es, cerca de 10 años y 2 meses– y el INSS añadió al cálculo un período ficticio de cotización comprendido entre el 1 de abril de 1984 y el 30 de enero de 1989 con el fin de cumplir la condición de cotización durante un período de quince años anteriores a la última cuota satisfecha por la Sra. Salgado González en España. A través de esta operación, el INSS pretendía hallar un numerador al que aplicar el divisor de 210 previsto en el artículo 162, apartado 1, de la LGSS y calcular, de este modo, la base de cotización media necesaria para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación. No obstante, dado que la Sra. Salgado González no cotizó en el período comprendido entre el 1 de abril de 1984 y el 31 de marzo de 1989, el INSS tomó en consideración para el cálculo períodos de seguro que no estaban cubiertos en España. Al contabilizar necesariamente con valor cero estos períodos, su cómputo produjo una reducción de la base de cotización media de la Sra. Salgado González” –apartados 48 y 49-.

Una vez identificada la doble prorratea, al TJUE no le lleva mucho esfuerzo concluir que “tal reducción no se habría producido si la Sra. Salgado González hubiera cotizado únicamente en España, sin ejercer su derecho a la libre circulación. En otros términos, contrariamente a lo exigido por el artículo 46.2.a) del Reglamento 1408/71 ... la cuantía teórica de la pensión de jubilación de la Sra. Salgado González no ha sido calculada como si esta hubiera ejercido toda su actividad profesional exclusivamente en España”, agregando que “otra sería la situación si, como señaló el Abogado General en el punto 44 de sus conclusiones, la legislación nacional contemplara mecanismos de adaptación del procedimiento de cálculo de la cuantía teórica de la pensión de jubilación para tomar en consideración el ejercicio por parte del trabajador de que se trate de su derecho a la libre circulación. Con-

cretamente, habida cuenta del procedimiento establecido en el artículo 162, apartado 2, de la LGSS, el divisor podría adaptarse para reflejar el número de cuotas efectivamente satisfechas por el asegurado por las remuneraciones ordinarias y extraordinarias” –apartados 50 y 51-.

Conducen todos estos argumentos a un fallo tajante según el cual “los artículos 48 TFUE (y los demás puestos en cuestión del Reglamento 1408) ... se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la analizada en el litigio principal, en virtud de la cual la cuantía teórica de la pensión de jubilación del trabajador por cuenta propia, migrante o no, se calcula invariablemente a partir de las bases de cotización de ese trabajador en un período de referencia fijo anterior al pago de su última cuota en ese Estado, a las cuales se aplica un divisor fijo, sin que resulte posible adaptar ni la duración de este período ni este divisor con el fin de tomar en consideración el hecho de que el trabajador en cuestión ha ejercido su derecho a la libre circulación”.

De acuerdo con la STSJ/Galicia de 15 de marzo de 2013, Rec. Sup. 3645/2007, la consecuencia de esta decisión es que, “si adaptamos, en el caso de autos, la duración del período de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, así como el divisor a utilizar, con el fin de tomar en consideración el hecho de que la trabajadora aquí recurrente ha ejercido su derecho a la libre circulación, la base reguladora de su pensión de jubilación es el resultado de dividir el total de las cotizaciones españolas realizadas durante 8 años y 3 meses –un total de 99 meses-, que asciende a 71.746,24 €, entre 115,5 –que son las pagas ordinarias y extraordinarias cotizadas durante 99 meses-: supone salvo involuntario error de cálculo la base reguladora de 621,17 €”.

Tal ha sido la trascendencia de la doctrina Salgado González en el caso concreto. Queda ver cuál puede ser su trascendencia general. La circunstancia de que el entonces vigente Anexo VI del Reglamento 1408 haya sido sustituido por el actualmente vigente Anexo XI del Reglamento 883, donde se contempla un mecanismo *ad hoc* de cobertura de lagunas de cotizaciones españolas –que analizaremos en las siguientes páginas-, parece mermar esa

trascendencia general, dejando el Caso Salgado González en una disfunción ciertamente grave pero ya normativamente superada. Y es verdad que, si la cobertura de lagunas se realiza en términos adecuados, el resultado numérico no debería ser diferente: tanto monta, monta tanto en la regla de cálculo de las pensiones españolas –ya lo hemos dicho– el llenar las lagunas de cotización existentes en el dividendo con las cotizaciones españolas más cercanas en el tiempo y debidamente actualizadas, como el ajustar el divisor a los efectos de excluir periodos de cotización en el país extranjero.

No obstante, la doctrina Salgado González presenta un doble efecto general que se deriva de su fundamentación directa con lo establecido en el artículo 48 del TFUE:

- En primer lugar, nos permite detectar con bastante precisión aquellas interpretaciones del Anexo XI del Reglamento 883 que son contrarias al artículo 48 del TFUE, así como, complementariamente, las que son más conformes. Me remito ahora a alguno de los problemas interpretativos a que *ut infra* haremos oportuna mención. Y, en concreto, si el mecanismo de cobertura de lagunas se aplica solo a los periodos de cotizaciones foráneas anteriores a las españolas o también a los posteriores. Si en el Caso Salgado González se hubiera aplicado el sistema de cobertura de lagunas del Anexo XI también a los posteriores, la base reguladora no variaría mucho a la obtenida ajustando el divisor. *Ergo*, es la interpretación más conforme al artículo 48 del TFUE.

- Y, en segundo lugar, nos permite realizar en cada caso concreto la prueba del nuevo de que el Anexo XI del Reglamento 883 se ha aplicado conforme con el artículo 48 del TFUE, de manera que, si el resultado del cálculo realizado por la entidad gestora es diferente e inferior al ajuste del divisor que posibilita Salgado González, esa aplicación es presumiblemente incorrecta, siendo a la entidad gestora a la que le corresponderá alegar y probar que es correcta –lo que no siempre hace, pues todavía se sigue acudiendo al mecanismo de cobertura de lagunas con bases mínimas según los artículos 197.4 y 209.1.b) de la LGSS; de hecho esto explica en parte el

Caso Salgado González: no se le cubrieron las lagunas con bases mínimas porque era una autónoma-.

#### LA SOLUCIÓN DADA AL PROBLEMA DE LA DOBLE PRORRATA EN EL REGLAMENTO 883/2004/CE, DE 29 DE ABRIL DE 2004

Habiendo dos maneras teóricamente posibles para resolver el problema de la doble prorrata, la legislación comunitaria ha pretendido solucionarlo a través del nuevo Reglamento 883 de una manera diferente a cómo lo ha resuelto el Tribunal de Justicia en el Caso Salgado González: cubriendo las lagunas de cotización por periodos considerados en países extranjeros con una proyección de las cotizaciones españolas debidamente actualizadas. A estos efectos se acometen dos modificaciones, una en la norma de base general aplicable en principio a todos los Estados miembros –el nuevo artículo 56.1.c) del Reglamento 883 como sucesor del antiguo 47.1.e) del Reglamento 1408-, y otra en la norma de desarrollo aplicable solamente a España –el nuevo Anexo XI del Reglamento 883 como sucesor del antiguo Anexo VI del Reglamento 1408-.

De un lado, el artículo 56.1.c), después de reiterar el antiguo 47.1.e) del Reglamento 1408, añade que la institución competente *“utilizará, para la determinación del importe que haya de calcularse en concepto de los períodos de seguro y/o residencia cumplidos con arreglo a la legislación de los otros Estados miembros, los mismos elementos determinados o acreditados para los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique; de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Anexo XI para el Estado miembro de que se trate”*.

Y de otro lado, se añade otra regla en el Anexo XI, heredero del Anexo VI del Reglamento 1408, según la cual *“cuando en el período de referencia a tener en cuenta para el cálculo de la cuantía de la pensión, deban ser computados períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, se utilizará para los mencionados períodos la base de cotización en España que*

*más se les aproxime en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo”.*

Una primera duda interpretativa derivada de la nueva regulación es si, después de la mismas, se debería mantener o se debería revisar la conclusión de que, para realizar el cálculo de la base reguladora, debemos retrotraernos a fechas anteriores a las últimas cotizaciones españolas. Ya hemos insistido a lo largo del estudio en que esa retroacción, si bien se derivaba de una interpretación literal de las reglas comunitarias en especial desde la introducción del Anexo VI a través del Reglamento 1248/92/CE, de 30 de abril, era frontalmente contraria a lo establecido en la norma española interna y a la finalidad meramente coordinadora de los reglamentos, aparte de generar una diferencia difícilmente justificable con los trabajadores sedentarios y alguna disfunción como la inclusión en el arco temporal a considerar de periodos de cotización imposible.

Aunque es cierto que el Tribunal de Justicia ha mantenido esa interpretación en todas las Sentencias en que ha resuelto cuestiones prejudiciales españolas al amparo del viejo anexo VI del Reglamento 1408, y muy en particular en el Caso Grajera Rodríguez, también es cierto que nunca ha resuelto conforme al nuevo Reglamento 883, y si bien se se mantienen en él las reglas del antiguo 1408 cuya literalidad se interpretó como retroacción a fechas anteriores a las últimas cotizaciones españolas, es posible otra interpretación distinta en el marco de la nueva regulación del actual 883 si hacemos una lectura asimismo posible de las reglas subsistentes en conjunción con las nuevas reglas.

En primer lugar, porque el nuevo artículo 56.1.c) del Reglamento 883 –a diferencia del viejo artículo 47.1.e) del Reglamento 1408- ya obliga a que *“los elementos determinados o acreditados para los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique”* –en nuestro caso, las cotizaciones españolas-, la institución competente los aplique sobre *“los períodos de seguro y/o residencia cumplidos con arreglo a la legislación de los otros Estados miembros”* –esto es, sobre periodos distintos a aquellos en los

cuales se realizaron dichas cotizaciones españolas-.

En segundo lugar, porque, a consecuencia de lo anterior, la regla del Anexo XI del 883 – que proviene del Anexo VI del 1408- según la cual *“el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española”*, se podría entender en el sentido de considerar las cotizaciones reales del asegurado durante los años inmediatos anteriores a la última cotización española, pero no necesariamente de considerar el periodo en que se hicieron.

En tercer lugar, porque el nuevo sistema de cobertura de lagunas perdería gran parte de su efectividad a los efectos de garantizar la libertad fundamental de circulación de trabajadores si solo sirviera para cubrir las lagunas derivadas del trabajo en el extranjero anteriores a las últimas cotizaciones españolas, y no para cubrir las posteriores, lo que necesariamente conduce a situar el *dies a quo* del arco temporal a considerar en la fecha del hecho causante, pues si lo situamos en las últimas cotizaciones españolas, y hay cotizaciones extranjeras posteriores, el vacío que estas provocan no quedaría cubierto: justo este fue el supuesto del Caso Salgado González.

Y, en cuarto lugar, porque, si seguimos considerando como *dies a quo* del arco temporal las últimas cotizaciones españolas, y hay cotizaciones extranjeras posteriores, la evitación de la doble prorrata obligaría a ajustar el divisor como el Tribunal de Justicia entendió en el Caso Salgado González<sup>45</sup>. Pero esto sería reconocer que el problema de

<sup>45</sup> En este sentido se manifiesta CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, en “Base reguladora ...”, obra citada. Si finalmente se resolviese la duda interpretativa planteada en el texto principal en el sentido de que el *dies a quo* del arco temporal a considerar se sitúa en las últimas cotizaciones españolas, estaríamos entonces totalmente de acuerdo con esta autora en que habría que aplicar la solución del Asunto Salgado González para garantizar la libertad fundamental de circulación de los trabajadores. No sería necesario, sin embargo, acudir a esa solución, si se resolviese la duda interpretativa planteada en el texto principal en el sentido de que el *dies a quo* del arco temporal a considerar se sitúa en el hecho causante de la pensión.



la doble prorrata que pretendió resolver el Anexo XI, no lo resolvió de manera efectiva y completa. Mucho más lógico nos parece concluir que sí lo resolvió y, a estos efectos, la solución pasa por situar el *dies a quo* en la fecha del hecho causante.

En conclusión, la nueva regulación del Reglamento 883 entiendo que conduce a una interpretación diferente a la hasta ahora derivada del Reglamento 1408 según la cual el *dies a quo* del arco temporal a considerar es el hecho causante de la jubilación o de la incapacidad permanente por enfermedad común. Y, si esta interpretación no se acepta, la doctrina Salgado González debería acudir al rescate del Anexo XI, conduciendo a una base reguladora que debería ser cuantitativamente similar. De ahí la relatividad, en principio, de una cuestión prejudicial acerca de esta duda interpretativa relativa al *dies a quo* del arco temporal a considerar, aunque, obviamente, si en algún caso su decisión fuera relevante para el fallo, sería muy conveniente plantearla al TJUE.

Otra duda interpretativa surge de la complejidad misma del nuevo sistema de cobertura de lagunas pues obliga a realizar una actualización de las cotizaciones españolas —es una actualización *ex ante*- proyectándolas *ad futurum* cuando aquellas sean anteriores a la migración a través de la oportuna revalorización y proyectándolas *ad preteritum* cuando aquellas sean posteriores a la migración a través de la oportuna devaluación. *¿Quid iuris* si los periodos de trabajo en otros Estados miembros de la Unión Europea se intercalan con periodos trabajados antes o después en España con cotizaciones de cuantía diferente? Habrá que discernir, siendo sus cuantías diferentes, si se revalorizan las cotizaciones españolas anteriores a la migración, o si se devalúan las cotizaciones españolas posteriores a la migración. En principio, se debería estar a las cotizaciones más representativas de la vida laboral del migrante para evitar que cotizaciones ocasionales más cercanas a los periodos en el extranjero, pero inferiores a un prolongado periodo cotizado anterior o posterior, puedan conducir a desplomes de la base reguladora, y, en caso de alguna duda, se debería estar a las cotizaciones más beneficiosas para el trabajador (principio *pro beneficiario*). De hecho, la doctrina

más autorizada —que compartimos— sostiene el derecho del migrante a la libre elección<sup>46</sup>.

Resulta también cuestión dudosa que, en consonancia con el nuevo artículo 56.1.c) del Reglamento 883, su Anexo XI se refiera, como una laguna a cubrir, tanto a los “periodos de seguro ... cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros”, como a los “periodos ... de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros”. Tal redacción llevada al extremo literal podría suponer la consideración como laguna a cubrir de cualesquiera periodos resididos pero no cotizados en el país comunitario. Quizás lo más correcto sea considerar que esos periodos de residencia creadores de laguna a cubrir son aquellos en que el trabajador se encuentra residiendo en el país comunitario al amparo de su derecho a la libre circulación como trabajador. Y es que el periodo de búsqueda de trabajo en el extranjero, aunque durante ese periodo no se cotice, resulta lógico no cree vacíos de cotización en contra del trabajador migrante.

Lo que si deja claro la norma es cuál es el índice de actualización a utilizar: “la evolución del índice de precios al consumo”. Ha acertado plenamente la normativa comunitaria al utilizar el mismo índice de actualización que en la normativa interna se utiliza para actualizar las bases de cotización a los efectos del cálculo de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común, garantizando de este modo una actualización de las cotizaciones idéntica a la de un trabajador sedentario. Si bien la función de esta actualización es doble en el caso de ser trabajador migrante pues las cotizaciones así actualizadas se proyectan, por un lado, sobre los periodos en que se han realizado en el supuesto de que estos se encuentren dentro del arco temporal a tomar en consideración para el cálculo de la pensión, y, por otro lado, sobre los periodos en que se ha trabajado y/o residido en el extranjero a los efectos de cubrir esas lagunas.

Unida la efectividad del índice de actualización utilizado en la norma de cobertura de

<sup>46</sup> CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, “Base reguladora ...”, obra citada.

lagunas a la circunstancia de que hoy en día es inimaginable que una solicitud de pensión tome en consideración cotizaciones anteriores a la implantación del Sistema de Seguridad Social –que garantiza una cuantía cotizada mínima-, podemos afirmar –siempre que se aplique de manera correcta y útil el Anexo XI del Reglamento 883- la erradicación de las bases reguladoras insignificantes –tan típicas de las pensiones solicitadas en los años noventa e incluso en los primeros años de este Siglo-. La base reguladora resultará siempre igual o superior a la mínima, salvo el caso de ser las cotizaciones españolas a considerar inferiores a la mínima por derivar de un trabajo a tiempo parcial: pero esto también sería igualmente así para un trabajador sedentario.

Se trata, en suma, de un sistema ad hoc de cobertura de lagunas de cotizaciones españolas por los periodos trabajados en el extranjero con bases españolas actualizadas que es diferente al sistema de cobertura de lagunas de cotizaciones –españolas y extranjeras- con bases mínimas de los artículos 197.4 y 209.1.b) de la LGSS. De ahí que (1) se aplique, al no hacerse ninguna clase de distinguo en la norma comunitaria y donde la ley no distingue no debemos nosotros distinguir, a la totalidad de los Regímenes de la Seguridad Social, incluyendo al Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos y el Sistema Especial de Empleados del Hogar<sup>47</sup>, y (2) no se tomen bases mínimas –y menos aún bases mínimas devaluadas como para ciertos periodos acaece, desde las últimas reformas, en los artículos 197.4 y 209.1.b) de la LGSS- más que –obviamente- en el supuesto de que la actualización de las bases españolas conduzca a cuantías mínimas.

Nada impide –eso sí es cierto- que se puedan aplicar en un mismo supuesto los dos sistemas de cobertura de lagunas: si la laguna de cotización española se corresponde con un periodo de trabajo o residencia en el extranjero, se aplicará el Anexo XI del Reglamento 883; mientras que si se trata de lagunas de cotización correspondientes a periodos no trabajados se aplicarán los artículos 197.4 y

209.1.b) de la LGSS. Esta conclusión no plantea especiales problemas, a nuestro juicio<sup>48</sup>, en orden al principio de igualdad entre trabajadores migrantes y trabajadores sedentarios, antes al contrario, supone aplicarles a ambos el sistema de cobertura de lagunas con bases mínimas de los artículos 197.4 y 209.1.b) de la LGSS estrictamente en los casos para los cuales este está establecido, es decir cuando no hay cotizaciones ni en España ni en ningún otro Estado.

Bajo los anteriores planteamientos interpretativos –y, en particular, si admitimos que el *dies a quo* del arco temporal se sitúe en el hecho causante de la pensión de que se trate-, la regla contenida en el Anexo XI del Reglamento 883 –proveniente del Anexo VI del Reglamento 1408- según la cual “la cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculados para cada año posterior, para las pensiones de la misma naturaleza”, resulta innecesaria como mecanismo de actualización –pues esta ya se garantiza gracias al nuevo sistema de cobertura ad hoc de lagunas, siempre que, se insiste, lo apliquemos adecuadamente-. Su sentido sería el de garantizar la revalorización de las pensiones en los mismos términos en que se garantizan para los trabajadores sedentarios, y para todos los pensionistas. Posibilita esta interpretación que

<sup>48</sup> Para CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, el sistema de cobertura de lagunas de los artículos 197.4 y 209.1.b) de la LGSS sí plantea problemas desde la perspectiva de aplicación de la libertad fundamental de circulación de trabajadores dado que –según entiende esta autora- el periodo de referencia para el cálculo de la pensión es diferente para los trabajadores sedentarios –la fecha del hecho causante- y para los trabajadores migrantes –la fecha de las últimas cotizaciones españolas-. Problemas a resolver aplicando la doctrina Salgado González. Pero si sostenemos –como defendemos en el texto principal- la interpretación de que el periodo de referencia se ubica de forma idéntica para sedentarios y migrantes en la fecha del hecho causante, el sistema de cobertura de lagunas de los artículos 197.4 y 209.1.b) de la LGSS puede cohabitar perfectamente con el sistema de cobertura de lagunas del Anexo XI del Reglamento 883 sin plantear problemas desde la perspectiva de aplicación de la libertad fundamental de circulación de trabajadores. Baste añadir que, si finalmente los tribunales acaban considerando que el periodo de referencia en el caso de migrantes se debe situar en la fecha de las últimas cotizaciones españolas, compartiríamos totalmente la opinión de esa autora, que conduciría a la aplicación de Salgado González.

<sup>47</sup> CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, “Base reguladora ...”, obra citada.



el Reglamento 1223/98/CE, de 4 de junio de 1998, suprimió de esta regla el inciso “hasta el año anterior al hecho causante” que tenía en su redacción original introducida a través del Reglamento 1248/92/CEE, de 30 de abril.

Una última precisión resulta oportuna. El Reglamento 883 es norma amparada en el principio *iura novit curia*, de manera que, aún reclamándose en la demanda la aplicación del convenio bilateral supuestamente más favorable, y descartándose esta por la razón que fuere, el órgano judicial no puede eludir la fiscalización de la actuación de la entidad gestora, eso sí utilizando solo los datos fácticos de que dispone (dada la proscripción de indefensión) y sin elevar la cuantía de lo reclamado (dada la proscripción de incongruencia). Al respecto, se ha dicho que *“(aunque) el Tribunal Supremo ha considerado, en numerosas ocasiones, que no es posible aplicar el convenio bilateral más favorable en el trámite de unificación de doctrina si no ha sido alegado por la parte interesada ... ni el recurso de suplicación es tan extraordinario como el de casación para la unificación de doctrina, ni –y esto es lo realmente decisivo– se trata aquí de aplicar un convenio bilateral que no fue alegado por aquella parte a quien le interesaba, sino de revisar la aplicación de una norma comunitaria a la que obligatoriamente se debe sujetar la actuación de las entidades gestoras”*<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> STSJ/Galicia de 22 de mayo de 2015, Rec. Sup. 3237/2013. Resuelve esta Sentencia un recurso de suplicación interpuesto por el trabajador migrante contra una sentencia de instancia en la cual se negaba la aplicación de las bases medias en el Convenio bilateral Hispano Italiano. El TSJ/Galicia niega esa aplicación dado que la migración fue posterior a la entrada de España en la Unión Europea, pero procede a aplicar de oficio el Reglamento 883. Comoquiera que *“la profesión del recurrente ha sido siempre sustancialmente la misma de marineru / mecánico engrasador, tanto en España como en Italia ... ascendiendo sus últimas cotizaciones en España (9/2005 y 8/2005) a 2.415,90 euros mensuales”*, el TSJ/Galicia, aunque no realiza el cálculo exacto de la pensión de jubilación española cubriendo las lagunas con esas cotizaciones actualizadas, advierte que *“los cálculos realizados por la entidad gestora sustentados en la cobertura de las lagunas de cotización en España correspondientes con los periodos cotizados en Italia con bases mínimas producen un efecto aminorador de la cuantía de la base reguladora de la pensión de jubilación del trabajador recurrente que no se ajusta a lo establecido en el Anexo XI del Reglamento (CE) 883”*. Basándose en esta premisa a todas luces evidente, estima el recurso de suplicación inter-

**UNA (HASTA EL MOMENTO) ÚLTIMA DUDA PREJUDICIAL: LAS COTIZACIONES DE UN CONVENIO ESPECIAL CON BASES MÍNIMAS REGLAMENTARIAMENTE OBLIGATORIAS, EL CASO CRESPO REY**

La interactuación del sistema de cobertura de lagunas introducido en el Reglamento 883 y contemplado en su Anexo XI con las cotizaciones derivadas de la suscripción de convenios especiales por los trabajadores migrantes durante su migración o a su retorno es la problemática a que se ha enfrentado la (de momento) última cuestión prejudicial suscitada en la materia al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se trata del Caso Crespo Rey: un trabajador que ha cotizado en España durante varios periodos entre 8/1965 y 6/1980, siendo la última cotización acreditada de Junio de 1978 en cuantía –superior a la base mínima de cotización entonces vigente– de 133,59 €; desde 1/5/1984 hasta 30/11/2007 ha cotizado en Suiza; una vez retornado a España, suscribió a 1/12/2007 convenio especial para los emigrantes españoles e hijos de estos que trabajen en el extranjero, cotizando por bases mínimas; solicitada la pensión de jubilación, y después de ciertas correcciones, le es reconocida sobre una base reguladora de 639,26 € tomando en consideración el periodo de 1/1/1998 a 30/12/2013, y, en cuanto a las cuantías a considerar: de 1/12/2007 a 31/12/2013 las bases de cotización a dicho convenio especial, y de 1/1/1998 a 30/11/2007 las bases mínimas de cotización.

puesto por el trabajador migrante argumentando que *“para solventar ese efecto aminorador se pudieron tomar en consideración las últimas bases de cotización realizadas en España por el trabajador recurrente en la misma profesión que la desarrollada en Italia, en su caso topadas según el grupo de cotización, y, en cualquier caso, el cálculo sobre la premisa de las bases medias solicitado en la demanda rectora de actuaciones y en el recurso de suplicación, que conduce a una base reguladora de 1.037,70 euros mensuales ... queda perfectamente cubierto conforme a las previsiones fácticas recién expresadas y siempre dentro de las exigencias de la congruencia procesal”*. Dejando así el TSJ/Galicia entrever que, de haberse solicitado por el trabajador la aplicación del Reglamento 883, se habría obtenido una base reguladora posiblemente superior a la resultante de aplicar las bases medias.

Cuestiona el Auto de planteamiento de la cuestión<sup>50</sup> que se hayan tomado en consideración para el cálculo de la base reguladora los cotizaciones del convenio especial, bien directamente o bien para proyectarlas como cobertura de lagunas en el periodo de referencia, cuando es que, según la normativa interna, ese convenio, en caso de trabajadores migrantes, solo puede ser suscrito sobre unas bases mínimas –artículo 15.6 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre-. En contraposición, el convenio especial ordinario que pueden suscribir los trabajadores o asimilados que causen baja en el Régimen del Sistema 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 –artículo 2-, pueden optar entre cotizar por un promedio de las últimas bases anteriores al cese, por las bases mínimas o incluso por una base intermedia –artículo 6-.

Pues bien, la STJUE de 28 de junio de 2018, Caso Crespo Rey, C-2/17, aprecia la existencia de una desigualdad de trato entre trabajadores migrantes y trabajadores sedentarios que es contraria –dado que se trata de Suiza-, no a los artículos 45 y 48 del TFUE, sino al Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, rubricado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999. Tal Acuerdo “debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la analizada en el litigio principal, que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social de ese Estado miembro a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, de forma que, al calcular el importe teórico de su pensión de jubilación, la institución competente de dicho Estado miembro equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en ese mismo Estado miembro y solo toma en consideración, a efectos de ese cálculo, las cuotas abonadas en el marco de dicho convenio, incluso cuando, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, dicho trabajador hubiera co-

*tizado en el Estado miembro en cuestión con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y cuando un trabajador sedentario que no hizo uso de su derecho a la libre circulación y que suscribe tal convenio dispone de la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización”.*

El problema subsiguiente –sobre el que también el auto de planteamiento, para el caso de apreciarse una desigualdad de trato, había solicitado respuesta al TJUE- es el medio adecuado para reponer la igualdad de trato entre trabajadores migrantes y los trabajadores sedentarios. Afirma al respecto el Tribunal de Justicia –en el apartado 75 de su Sentencia- que “*corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del litigio determinar cuáles son, en Derecho interno, los medios más adecuados para conseguir la igualdad de trato entre los trabajadores inmigrantes y los trabajadores sedentarios*”, con lo cual da libertad al órgano judicial nacional, aunque apunta que “*este objetivo podría alcanzarse, a priori, concediendo también a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial tal facultad y permitiéndoles cotizar retroactivamente con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y, en consecuencia, reclamar sus derechos a una pensión de jubilación en función de estas nuevas bases*”.

Y esta indicación del TJUE es la que sigue la STSJ/Galicia de 12 de julio de 2018, Rec. Sup. 881/2016, condenando al INSS –dicho sucintamente- a: (1) calcular la base reguladora máxima posible considerando desde 1/1/1998 hasta 31/12/2013 la última cotización realizada por el trabajador a Junio de 1978, que asciende a 133,59 euros, actualizada con el índice oficial de precios al consumo; (2) establecer la cuantía diferencial que, de 1/12/2007 a 31/12/2013, debería haber abonado el demandante si hubiera suscrito el convenio especial tomando en consideración esa base de cotización de 133,59 euros actualizada; conceder al beneficiario un plazo para que este decida si le interesa mantener la base reguladora de 639,26 euros que se le ha reconocido, u optar por la que resulta del cálculo expresado realizando la regularización aludida; y posibilitar la regularización distribuyendo la cantidad total a regularizar en cuantías iguales para cada mes mediante la reducción de la pensión

<sup>50</sup> Auto TSJ/Galicia de 13 de diciembre de 2016, Rec. Sup. 881/2016.



que le corresponda percibir durante el periodo de 6 años y un mes –periodo de tiempo de 1/12/2007 a 31/12/2013-.

Hemos de reseñar que la entidad gestora, en la tramitación del procedimiento prejudicial ante el TJUE, argumentó la inadmisión de la cuestión prejudicial en base a que el trabajador continuó trabajando en Suiza hasta 31/12/2013, de manera que el demandante siguió trabajando en Suiza después de 30/11/2007 hasta 31/12/2013, con lo cual el convenio especial para migrantes e hijos de migrantes que pudo suscribir durante ese tiempo le concede un beneficio frente a los trabajadores sedentarios que impide la comparación a los efectos de apreciar una diferencia de trato pues estos no pueden suscribir convenio especial alguno mientras están trabajando mientras que aquellos sí. El TJUE despachó este alegato afirmando –en el apartado 38 de su Sentencia- que *“la cuestión de si, en el momento de suscribir este convenio, el Sr. Crespo Rey había regresado a España o continuaba trabajando y cotizando en Suiza constituye cuestión de hecho del litigio principal que no corresponde comprobar al Tribunal de Justicia”*.

Tal alegato se reitera ante el TSJ/Galicia unos días antes de la fecha anunciada por el TJUE para la publicación de su Sentencia. El TSJ/Galicia lo rechaza por extemporáneo. Pero a mayor abundamiento el TSJ/Galicia argumenta la irrelevancia de ese hecho porque *“el convenio especial –sin perjuicio de otros efectos prestacionales que pudiera tener sería inútil a los efectos de cubrir las lagunas de cotización en España”*, con la consecuencia de que, para esa cobertura, *“habríamos necesariamente de acudir a las últimas cotizaciones realizadas en España, que son precisamente las que, según la respuesta ofrecida por el TJUE, se debieron tomar en consideración para posibilitar las cotizaciones al convenio especial superiores a la mínima”*. Nos encontramos con una argumentación muy condensada que se podría desarrollar en los siguientes términos: si el Sr. Crespo Rey hubiera trabajado hasta el retorno a España sin suscribir convenio especial, se cubrirían los periodos de migración en Suiza con las últimas cotizaciones españolas actualizadas; la suscripción de un convenio especial durante la migración en Suiza con una finalidad protectora de los

trabajadores migrantes no le debería impedir cotizar por una base equivalente a las últimas cotizaciones españolas; y si se le ha impedido, las bases mínimas no deberían servir para cubrir las lagunas de cotización en España, con lo cual se estaría a las últimas cotizaciones españolas actualizadas siempre que se regularizasen las cotizaciones realizadas durante la vigencia del convenio especial; esto es el núcleo de la cuestión que resolvió el TJUE, y es, ni más ni menos, lo mismo que resolvió el TJUE; luego el hecho es irrelevante.

Quede claro, en especial al hilo de estas últimas consideraciones, que la interacción del sistema de cobertura de lagunas introducido en el Reglamento 883 y contemplado en su Anexo XI con las cotizaciones derivadas de la suscripción de convenios especiales por los trabajadores migrantes durante su migración o a su retorno, no se agota con el supuesto del Caso Crespo Rey. Sin duda alguna, se plantearán problemas sobre la temática de manera novedosa, y sin precedentes a los que agarrarse.

#### A MODO DE RECAPITULACIÓN: LAS REGLAS DE CÁLCULO CONTENIDAS EN LAS NORMAS COMUNITARIAS DE LAS PENSIONES NACIONALES DE TRABAJADORES MIGRANTES ESPAÑOLES EN LA UNIÓN EUROPEA

La primera y más esencial de las conclusiones que, a modo de recapitulación de nuestro estudio, debemos alcanzar en este proceloso océano que es el cálculo de las bases reguladoras de las pensiones españolas de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común de los trabajadores migrantes en la Unión Europea, es la de que los términos de la problemática se han modificado radicalmente desde los años noventa hasta la actualidad. En términos normativos, la tesis de las bases máximas ya ha pasado a la historia, y a la tesis de las bases medias ya no le queda mucha vida. Pero no solo se ha modificado en términos normativos, también se ha modificado en términos sociológicos pues hoy en día los ciclos migratorios son más variados que el usual de los años sesenta y setenta, y ello se debe tomar en consideración en la aplicación normativa.



Sin embargo, las entidades gestoras, dadas las corrientes de arrastre y las dificultades de la normativa comunitaria, a veces aún usan bases mínimas o –peor aún– sus cálculos llevan a bases insignificantes. Y los operadores jurídicos siguen construyendo las demandas de sus clientes sobre el argumentario de las bases medias, lo que no siempre conduce al éxito. Incluso se han llegado a solicitar bases mínimas alegando un convenio bilateral como más favorable que la normativa comunitaria, lo que es chocante pues supuestamente los reglamentos comunitarios buscan garantizar una libertad de circulación que no era objetivo primordial de los convenios bilaterales.

Debemos romper con estas sinergias provenientes del pasado. La normativa comunitaria, tras muchas reformas, debe conducir siempre a bases iguales o superiores a las mínimas. Y si en algún caso no lo hace –como ocurrió en Salgado González– es porque se aplica mal y se debe corregir con la finalidad de obtener la mejor garantía de la libertad fundamental de circulación de los trabajadores dentro de la Unión Europea.

¿Cómo se calculan en suma las bases reguladoras de las pensiones españolas de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común de los trabajadores migrantes en la Unión Europea? Podríamos hacer resumidamente el siguiente esquema –que responde a las argumentaciones que hemos vertido a lo largo de nuestro estudio, sin perjuicio de las interpretaciones que realicen los tribunales, y en especial el TJUE–:

(1) Se tomara la fecha del hecho causante como *dies a quo* desde el cual arranca hacia atrás el periodo temporal a considerar, en los mismos términos para los trabajadores migrantes que la normativa interna aplica para los trabajadores sedentarios.

(2) Durante ese periodo temporal a considerar se tomarán como bases de cotización: si hay periodos cotizados en España, las bases españolas debidamente actualizadas conforme al índice de precios al consumo + las bases españolas debidamente actualizadas conforme al índice de precios al consumo más cercanas en el tiempo para los periodos de trabajo y/o residencia en otro país comunitario + las bases

derivadas de la aplicación de la normativa interna sobre cobertura de lagunas, si esta resultase aplicable, para periodos no cotizados ni en España ni en otro país comunitario.

(3) Calculada así la base reguladora, o cuantía teórica, y aplicada la pro rata temporis, la normativa comunitaria garantiza su revalorización periódica con arreglo al importe de las revalorizaciones calculadas cada año posterior para pensiones de la misma naturaleza –en los mismos términos, pues, que para los trabajadores sedentarios–.

Obviamente este esquema no pretende resolver todos los posibles problemas, sino que es un esquema sencillo dirigido a la comprensión del esqueleto normativo según lo hemos interpretado a lo largo de nuestro estudio. A partir de aquí pueden surgir muchos problemas. El Caso Crespo Rey es demostrativo, por ejemplo, de cómo puede afectar a la cuestión la suscripción de un convenio especial, sin que, además, la solución dada en dicho Caso agote todos los problemas que dichos convenios pueden plantear.

Solamente si los operadores jurídicos conocen la normativa comunitaria, liberándose del perjuicio de que con ella nunca se llega a nada, y cuestionando la aplicación de las entidades gestoras más allá de la rutina de reclamar bases medias, los tribunales podrán ir perfilando la aplicación de la normativa comunitaria en la materia.

Y a los tribunales también les corresponde asumir de oficio, en aplicación del *iura novit curia*, la vigilancia de la correcta aplicación de la normativa comunitaria por las entidades gestoras, eso sí, respetando los principios de defensa y de congruencia.

A esta labor de los operadores jurídicos y de los tribunales debe coadyuvar activamente la doctrina científica, ofreciendo datos para aclarar los diversos problemas.

Porque, y con esto ya acabamos, los problemas interpretativos que quedan por resolver en esta materia son muchos y variados –pues por más que sobre estos problemas ya hayamos dado nuestra opinión interpretativa, deben ser los tribunales quienes tendrán la últi-



ma palabra, y en especial el TJUE-: ¿cuál es el *dies a quo* del arco temporal a considerar para el cálculo de la pensión? ¿qué cotizaciones españolas son en cada caso las más cercanas en el tiempo? ¿una cuantía cotizatoria ocasional puede servir para la cobertura de lagunas? ¿debería exigirse que las cotizaciones sean representativas de la carrera cotizatoria del trabajador? ¿qué sentido tiene la alusión de la norma comunitaria a la residencia en otros países? ¿cómo interacciona la suscripción de convenios especiales con el sistema comunitario de cobertura de las lagunas? ... y todo ello se debe resolver, siguiendo las enseñanzas del Caso Salgado González –y de tantos otros casos anteriores plasmando una idéntica doctrina-, atendiendo a la mejor garantía de la libertad fundamental de circulación de trabajadores dentro de la Unión Europea.

## BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.
- “Cálculo de la pensión de jubilación española en el marco de la coordinación comunitaria: determinación de la cuantía teórica”, en *Migrantes y Derecho: problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España* (dir. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina; coord. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María), Ediciones Laborum, Murcia, 2006.
  - “Base reguladora de la jubilación para migrantes tras el asunto Salgado González”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, números 9/2014 – 10/2014, BIB 2014\66.
  - “Coordinación de los Sistemas nacionales de Seguridad Social”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2018.
- DESIDENTADO BONETE, Aurelio, “La Seguridad Social de los trabajadores migrantes de la Unión Europea en unificación de doctrina”, *Noticias de la Unión Europea*, número 157, 1998.
- DESIDENTADO DAROCA, Elena, “De nuevo sobre los problemas de cálculo de la base reguladora de las pensiones de los trabajadores migrantes. El Caso Salgado González y la STJUE de 21 de febrero de 2013”, *Revista de Derecho Social*, número 62, 2013.
- FERNÁNDEZ DE LA MATA, Emilio, “Cálculo de la base reguladora de las prestaciones de vejez en España, cuando sea preciso totalizar períodos cotizados en dos o más países comunitarios. Sistema previo y posterior a la integración de España en la CEE”, en *Derecho Social Comunitario*, CGPJ, Madrid, 1992.
- GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDÁ, Carlos, “La cotización extranjera en la pensión de jubilación española”, *Tribuna Social*, número 95, 1998.
- GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1995.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “La Seguridad Social de migrantes españoles en la Unión Europea en la doctrina judicial”, *Actualidad laboral*, número 19, 2009.
- OJEDA AVILÉS, Antonio, “El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 1/2000, BIB 2000\9.
- RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, “Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez: nota de urgencia a la STJCE de 12 de septiembre de 1996, Caso Lafuente”, *Actualidad Laboral*, número 1, 1997.
- ROJAS CASTRO, Manuel, “Duda hispano-comunitaria aclarada que precisa clarificación. Estudio de la Sentencia Lafuente Nieto, de 12 de septiembre de 1996, C-251/94, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre la base reguladora y el prorrateo de las pensiones españolas de los trabajadores migrantes”, *Aranzadi Social*, número 5, 1997.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, *Coordinadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ediciones Laborum, Murcia, 2005.



**RESUMEN**

El Derecho de la Unión Europea, en aras a garantizar la libertad fundamental de circulación de los trabajadores, establece una serie de reglas para el cálculo de las prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores migrantes de un Estado miembro en otro Estado miembro con la finalidad de garantizarles los mismos derechos que tendrían si no hubieran migrado, es decir si se hubieran quedado en su país de origen. En el contexto de aplicación de esta normativa comunitaria, la cuestión del cálculo de las bases reguladoras de las pensiones españolas de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común de los trabajadores migrantes es, por su litigiosidad inacabable, la cuestión estrella cuando se trata de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes españoles en la Unión Europea. Inicialmente, la regulación comunitaria contenida en el viejo Reglamento 1408/71/CE era muy perjudicial para los migrantes, pues obligaba a tomar exclusivamente las cotizaciones reales españolas, normalmente muy antiguas en el tiempo, a veces desconocidas en su cuantía exacta, sin contemplar en un primer momento su actualización. Dadas las dificultades de gestión de esa regulación y para evitar una grave perjuicio a los migrantes, las entidades gestoras comenzaron a aplicar la cobertura de lagunas con bases mínimas regulada en nuestra normativa nacional. Tropezaba este planteamiento con el de la jurisprudencia previa elaborada sobre la base de los convenios bilaterales que permitía considerar los más elevados salarios devengados en el país comunitario topados con la base máxima española. Frente a la tesis de las bases mínimas y a la tesis de las bases máximas, surgió, como solución de equidad, la tesis de las bases medias, que el Tribunal Supremo acogió y sostuvo contra viento y marea a lo largo de la década de los noventa. Pero las tres cuestiones prejudiciales interpuestas entonces ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Lafuente Nieto, Naranjo Arjona y Grajera Rodríguez) obligaron a tomar las cotizaciones reales españolas, si bien permitiendo su actualización, y posibilitando la aplicación de los convenios bilaterales más favorables. Sin embargo, todo este planteamiento de la cuestión no identificaba adecuadamente la existencia del problema denominado doble prorata, pues a la *pro rata temporis* establecida en la norma comunitaria para determinar el porcentaje de base reguladora a cargo de España, se unía la circunstancia de que, en el periodo de referencia a considerar para el cálculo de las pensiones españolas, se producían vacíos de cotización española derivados de los periodos trabajados en el extranjero, lo que hundía a la baja las bases reguladoras. El problema de la doble prorata fue reconocido en una nueva cuestión prejudicial (Salgado González) con un resultado, por primera vez, favorable a los trabajadores migrantes, permitiendo, para garantizar su libertad fundamental de circulación, ajustar el divisor en la fórmula de cálculo de las pensiones españolas con la consiguiente neutralización de los vacíos de cotización. Y el vigente Reglamento 883/2004/CE asimismo viene a reconocer la existencia del problema de la doble prorata, aunque le da otra solución: la cobertura de los vacíos de cotización con una proyección actualizada de las cotizaciones españolas más cercanas en el tiempo a la migración. Ofrece esta fórmula de cálculo una mayor seguridad jurídica pero a la vez, por su novedad, plantea numerosos problemas, de los que se da cuenta en el estudio, aportando posibles soluciones interpretativas a la espera de lo que decidan los tribunales de justicia cuando tengan ocasión de conocer de los litigios que seguramente se plantearán. Uno de esos problemas es cómo interactúa la nueva regulación con los convenios especiales de conservación de derechos que suscriben los trabajadores migrantes a la vuelta de la migración, y ello ha sido objeto de otra cuestión prejudicial (Crespo Rey), asimismo favorable



a los derechos de los migrantes. Apostamos en las conclusiones de nuestro estudio por una interpretación de la normativa comunitaria vigente a la luz del Caso Salgado González que permita superar los perjuicios causados a los trabajadores migrantes, y garantizar efectivamente su libertad fundamental de circulación.

La metodología utilizada para examinar los problemas expuesto y alcanzar las conclusiones a que se hará mención se sustenta en la propia de las ciencias jurídicas: exégesis de las normas aplicables conforme a los criterios de interpretación literal, finalista, sistemático y de la realidad social, estudio de las sentencias judiciales y análisis de la doctrina científica.

Según las conclusiones de nuestro estudio, el cálculo de la base reguladora de las pensiones de los trabajadores migrantes españoles en otros Estados miembros de la Unión Europea, se ajustaría al siguiente esquema: (1) Se tomará la fecha del hecho causante como *dies a quo* desde el cual arranca hacia atrás el periodo temporal a considerar, en los mismos términos para los trabajadores migrantes que la normativa interna aplica para los trabajadores sedentarios. (2) Durante ese periodo temporal a considerar se tomarán como bases de cotización: si hay periodos cotizados en España, las bases españolas debidamente actualizadas conforme al índice de precios al consumo + las bases españolas debidamente actualizadas conforme al índice de precios al consumo más cercanas en el tiempo para los periodos de trabajo y/o residencia en otro país comunitario + las bases derivadas de la aplicación de la normativa interna sobre cobertura de lagunas, si esta resultase aplicable, para periodos no cotizados ni en España ni en otro país comunitario. (3) Calculada así la base reguladora, o cuantía teórica, y aplicada la *pro rata temporis*, la normativa comunitaria garantiza su revalorización periódica con arreglo al importe de las revalorizaciones calculadas cada año posterior para pensiones de la misma naturaleza –en los mismos términos, pues, que para los trabajadores sedentarios-. (4) No pretende este esquema resolver todos los posibles problemas, sino que es un esquema sencillo dirigido a la comprensión del esqueleto normativo según lo hemos interpretado a lo largo de nuestro estudio. A partir de aquí pueden surgir muchos problemas. El Caso Crespo Rey es demostrativo de cómo puede afectar a la cuestión la suscripción de un convenio especial, sin que, además, ese Caso agote todos los problemas que dichos convenios pueden plantear.

**Palabras clave:** Trabajadores migrantes en la Unión Europea; Seguridad Social; cálculo de la cuantía de pensiones de jubilación e incapacidad permanente.

MINISTERIO DE TRABAJO,  
MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL



**ABSTRACT** The European Union Law, in order to guarantee the fundamental freedom of movement of workers, establishes a series of rules for the calculation of Social Security benefits of migrant workers from a Member State in another Member State with the purpose of guaranteeing them the same rights they would have if they had not migrated, that is, if they had stayed in their country of origin. In the context of application of this community regulation, the question of the regulatory bases calculation of Spanish migrant workers pensions for retirement and permanent disability due to common illness is, due to its endless litigiousness, the key issue when it comes to Security Social status of Spanish migrant workers in the European Union. Initially, the European community regulation contained in the old Regulation 1408/71/EC was very harmful for migrants, since it obliged them to take exclusively the Spanish real contributions, normally very old in time, sometimes unknown in their exact amount, without taking into account a first moment its update. Given the difficulties of managing this regulation and to avoid serious damage to migrants, the Social Security organism began to apply the coverage of gaps with minimum bases regulated in our national regulations. This approach clashed with that of previous jurisprudence developed on the basis of bilateral agreements that allowed considering the highest wages earned in the EU country met with the maximum Spanish base. Faced with the thesis of minimum bases and the thesis of the maximum bases, arose, as a solution of equity, the thesis of the average bases, which the Spanish Supreme Court welcomed and sustained through thick and thin throughout the nineties decade. But the three preliminary rulings then lodged with the Court of Justice of the European Union (Lafuente Nieto, Naranjo Arjona and Grajera Rodríguez) forced to take the Spanish real contributions, although allowing their updating, and making possible the application of the most favorable bilateral agreements. However, all this approach to the issue did not adequately identify the existence of the problem known as “double pro rata”, since the *pro rata temporis* established in the Community rules to determine the percentage of the regulatory base charged to Spain was joined by the fact that, in the reference period to be considered for the calculation of Spanish pensions, there were Spanish contribution gaps arising from the periods worked abroad, which depressed the regulatory bases. The “double pro rata” problem was recognized in a new preliminary ruling (Salgado González) with a result, for the first time, favorable to migrant workers, allowing, to guarantee their fundamental freedom of movement, to adjust the divisor in the calculation formula of Spanish pensions with the consequent neutralization of the contribution gaps. And the current Regulation 883/2004/EC also recognizes the existence of the “double pro rata” problem, although it gives another solution: the coverage of the contribution gaps with an updated projection of the nearest Spanish contributions in time to the migration. This calculation formula offers greater legal certainty, but at the same time, due to its novelty, it raises numerous problems, which are reported in the study, providing possible interpretative solutions pending what the courts decide when they have the opportunity to know about the litigation that will surely arise. One of these problems is how the new regulation interacts with the special agreements for the conservation of rights subscribed by migrant workers after the return of migration, and this has been the subject of another question (Crespo Rey), also favorable to the rights of migrants. We rely on the conclusions of our study for an interpretation of the current community regulations in the light of the Salgado González Case that allows us to overcome the damage caused to migrant workers, and effectively guarantee their fundamental freedom of movement.

The methodology used to examine the problems presented and reach the conclusions to will be mentioned is based on the legal science itself: exegesis of the



applicable rules and regulations according to the criteria of literal interpretation, finalist, systematic and social reality, study of judicial sentences and analysis of scientific doctrine.

According to the conclusions of our study, the calculation of the regulatory base for the pensions of Spanish migrant workers in other Member States of the European Union, would conform to the following scheme: (1) The date of the causal event will be taken as a day from which the temporary period begins to be considered, in the same terms for migrant workers that the internal regulations apply to sedentary workers. (2) During that period of time to be considered, the following will be taken as contributions: if there are periods worked in Spain, the Spanish contributions duly updated according to the consumer price index + the Spanish bases duly updated according to the nearest consumer price index in time for periods of work and / or residence in another EU country + the bases derived from the application of the internal regulations on coverage of gaps, if applicable, for periods not worked in Spain or in another EU country. (3) Once the regulatory base, or theoretical amount, has been calculated and the *pro rata temporis* applied, the Community regulations guarantee its periodic revaluation according to the amount of the revaluations calculated each subsequent year for pensions of the same nature in the same terms for sedentary workers. (4) This scheme does not aim to solve all the possible problems, but it is a simple scheme aimed at understanding the normative skeleton as we have interpreted it throughout our study. From here, many problems can arise. The Crespo Rey case is demonstrative of how the signing of a special agreement may affect the issue, without, in addition, that case exhausting all the problems that such agreements may pose.

**Keywords:** Migrant workers in the European Union; Social Security; calculation of the amount of retirement pensions and permanent disability.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL