

Estudios

El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia

ANTONIO OJEDA AVILÉS

Catedrático de Derecho de Trabajo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. EL PROBLEMA
 - III. EL RECHAZO DEL CONVENIO BILATERAL HISPANO-ALEMÁN
 - IV. LAS BASES MÁXIMAS SEGÚN EL CONVENIO BILATERAL HISPANO-ALEMÁN.
 - V. CONCLUSIONES
-

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de qué bases de cotización deben servir para calcular la pensión de los trabajadores migrantes ha venido atormentando a los tribunales de este país desde el ingreso de España en la Unión Europea, dando lugar a una jurisprudencia evolutiva y a tres Sentencias del Tribunal de Justicia europeo muy próximas en el tiempo, las Lafuente Nieto (TJCE 1996, 150), Naranjo Arjona (TJCE 1997, 203) y Grajera Rodríguez (TJCE 1998, 319), que han impulsado al Tribunal Supremo a decir lo que no quería decir, a dividir casi por la mitad a la Sala de lo Social, y a situarnos en un punto donde sólo queda un pequeño paso para llegar a la solución más adecuada. En el camino han aparecido argumentos poderosos que explican la relativa lentitud del Tribunal Supremo en colocarse donde se encuentra ahora, y pueden dificultar todavía algún tiempo el último paso a que nos referíamos antes. Discutiremos en las líneas que siguen los argumentos que se oponen a utilizar, cuando procede, las bases máximas, en el entendimiento de que la evolución del TS hasta la línea actual ha sido digna de encomio.

II. EL PROBLEMA

Los trabajadores españoles que emigraron a Alemania, Dinamarca, Holanda u otros países de la Unión Europea cotizaron en ellos por bases mucho más elevadas que las utilizadas en España, en parte por el enorme desnivel de renta existente, y en parte también porque los empleos a que allí optaban, aun siendo de consideración modesta —el emigrante español ocupaba puestos de obrero no especialista o de escasa cualificación en la normalidad de los casos— eran mejores que los de procedencia, de ordinario agrícolas. Durante los años sesenta, setenta y ochenta, los emigrantes cubrieron períodos de seguro en tales países. Al cabo se jubilaron o quedaron inválidos, y entonces surgió el problema que afecta a miles de estos pensionistas en la actualidad: para calcular el importe de la pensión se totalizan o suman los períodos de seguro cubiertos en España y el otro país, y en función del tiempo trabajado en cada Estado uno y otro abonan un porcentaje de la pensión europea. Pero tal porcentaje debe calcularse sobre una base reguladora, y, cuando los años seleccionados son los extranjeros, aparecen unas retribuciones y cotizaciones muy superiores a las hispanas, que el emigrante ha satisfecho, ciertamente, pero a las arcas de entidades gestoras no españolas. ¿Debe calcular, pese a ello, la entidad española su parte de pensión conforme a las bases extranjeras que aparecen en el período de cómputo, o debe introducir alguna corrección para evitar unas pensiones desorbitadas?

El Acta de Adhesión de España y Portugal a la Comunidad Europea (RCL 1986, 2/05 y ApNDL 2643; LCEur 1986, 6) insertó a tal propósito un nuevo inciso en el artículo 47 del Reglamento comunitario de seguridad social, el 1408/71 (LCEur 1983, 411/1) (en adelante, Reglamento 1408), a cuyo tenor «la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe sobre unas bases de cotización media, determinará dicha base media en función únicamente de los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legisla-

ción de dicho Estado», precepto que la Sentencia Lafuente Nieto de 1996 determinó como el aplicable a España, ante las dudas suscitadas por la posible aplicación de un precepto distinto¹. La interpretación que hizo el INSS del precepto en un primer momento consistió en aplicarle la fórmula de la recién estrenada Ley 26/1985 (RCL 1985, 1907; RCL 1986, 839 y ApNDL 12754), el promedio de bases de los últimos ocho años², pero considerando que al no haberse cotizado en España debían tenerse en cuenta sólo las bases mínimas absolutas, por imperativo del artículo 3.4 de la Ley³, aunque numerosas sentencias del Supremo entendieron que en su caso debían tomarse las retribuciones totales del emigrante en Alemania con el tope de las bases máximas españolas «ex» artículo 3.1 de la misma, pues de otro modo entendían que se produciría una reducción contraria a la equidad, derivada del hecho de haberse trabajado en el extranjero⁴.

Se producía así el estrambótico efecto de que un trabajador que había abonado a la Seguridad Social cantidades muy superiores a las que hubiera pagado en España, pasara a percibir, al menos para el porcentaje español de pensión, unas cuantías mínimas, junto a otros límites que se le seguían y se le siguen aplicando, referentes al período de bonificación, y en los que no entraremos en estas páginas.

La situación se mantuvo de tal forma, con una jurisprudencia dividida entre la utilización de bases mínimas absolutas y de bases máximas, o incluso de salarios medios, gracias al reclamo de distintos preceptos de la Ley 26/1985, pero con predominio de los que propendían a aplicar las segundas⁵. En 1991, la doctrina Rönfeldt (TJCE 1991, 129) del Tribunal de Justicia comunitario vino a replantear un viejo tema que había sido mantenido en cuarentena hasta el momento, pero que paulatinamente iría asumiendo protagonismo hasta ocupar el lugar principal⁶. Al ingresar

1. Este artículo se ha elaborado en el marco del Grupo de investigación núm. PB96-1373, del Ministerio de Educación y Cultura. De 12 de septiembre de 1996. Vide sobre esta Sentencia y la jurisprudencia del Tribunal Supremo a ROJAS CASTRO, M.: «Duda hispano-comunitaria aclarada que precisa clarificación. Estudio de la Sentencia Lafuente Nieto, de 12 de septiembre de 1996, C-251/1994, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre la base reguladora y el prorrateo de las pensiones españolas de los trabajadores migrantes. Nuevas sentencias españolas después del 12 de septiembre de 1996», en *Aranzadi Social*, 1997/V, pgs. 127 y ss.
2. Como se sabe, la base reguladora de la pensión de jubilación se computará dentro de un período de quince años, a tenor del art. 162 LGSS (RCL 1994, 1825), como consecuencia de la reforma operada por la Ley 24/1997 (RCL 1997, 1806), cuya aplicación paulatina hasta el año 2002 viene regulada por la disp. transit. 5ª LGSS.
3. «Dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años». Actualmente se encuentran incorporadas al TGSS, artículos...
4. Desde la Sentencia TS 16 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6676). Vid. para la jurisprudencia concreta FERNÁNDEZ DE LA MATA: «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 *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Social Comunitario*, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992, pgs. 381 y ss.; DESDENTADO BONETE, A.: «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes de la Unión Europea en la unificación de doctrina», en *Noticias de la Unión Europea*, 157 (1998), pg. 92.
5. «El Tribunal Supremo optó por las bases máximas en el marco de las pensiones acogidas al Convenio Hispano-Alemán (RCL 1977, 2296, 2250 y ApNDL 12777) (Sentencia 18 octubre 1989 [RJ 1989, 7296] y las que en ella se citan)», indica DESDENTADO BONETE, A.: «El problema de la determinación de la base reguladora de la pensión española en los supuestos en que el cómputo comprende períodos de cotización que se han completado en otro país de la Unión Europea», apud INSTITUTO EUROPEO DE RELACIONES INDUSTRIALES: *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Granada, 1999, pg. 96.
6. La conexión entre la doctrina Rönfeldt y la competencia de los Tribunales españoles para decidir qué norma es la más favorable en razón a la Sentencia Naranjo Arjona se expone en CACHÓN VILLAR, P.:

España en la Comunidad Europea estaban en vigor convenios bilaterales de seguridad social que fueron sustituidos automáticamente por los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social no siempre de forma más ventajosa para los migrantes. Inicialmente la postura del Tribunal de Justicia europeo respecto a la conservación de ciertas situaciones nacidas bajo los convenios bilaterales se decantaba por el imperio de los Reglamentos comunitarios (doctrina Walder de 7 de junio de 1973), hasta que en el caso Rönfeldt de 7 de febrero de 1991 cambió de parecer y entendió aplicables las normas más favorables de los convenios bilaterales cuando el trabajador había estado sometido a sus normas, habiendo comenzado la gestación de un derecho (en nuestro caso, a pensión) bajo sus más benévolas prescripciones.

De entre los convenios bilaterales, el que de lejos afectaba a más trabajadores y presentaba unas normas que podían ser más favorables al asegurado era el hispano-alemán de 1973 (RCL 1977, 2296, 2550 y ApNDL 12777) —aunque el francés (RCL 1976, 569 y NDL 27392, nota) no le andaba a la zaga—, cuyo artículo 25 señalaba escuetamente: «cuando todo o parte del período 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 período o fracción para los trabajadores de la misma categoría profesional que la persona interesada». La referencia a las bases de cotización vigentes parecía presumir una modernidad más favorable para el trabajador en el cálculo que el producido por las bases remotas actualizadas, pero la solución no resultó tan fácil. El Tribunal Supremo había rechazado tomarlo en consideración por causa de la doctrina Walder⁷, pero al cambiar la postura del Tribunal de Justicia se vio compelido a analizar su posible favorabilidad, lo que efectúa en la Sentencia de 15 de octubre de 1993 (RJ 1993, 9216), en unificación de doctrina. Esta Sentencia marca un hito del que aún no se ha separado el alto Tribunal, pues rechazará la consideración del convenio bilateral como más favorable, pero se apoyará en la negativa para, a renglón seguido, consolidar una teoría de las bases medias aritméticas que continuará en vigor incluso cuando el Tribunal de Justicia la declare contraria a los preceptos comunitarios.

III. EL RECHAZO DEL CONVENIO BILATERAL HISPANO-ALEMÁN

Son varios los argumentos que llevan al TS a denegar la calificación aludida al convenio bilateral.

a) El más importante es de índole histórica, y en concreto el cambio de las circunstancias normativas bajo las que se había dictado el Convenio de 4 de diciembre de 1973: el TS constata que después de esa fecha se ha producido un cambio legislativo trascendental, pues en España se ha pasado desde un sistema de bases tarifadas de cotización, en donde se asignaba una sola base por categoría profesional, a un sistema en el que las bases se corresponden con las remuneraciones reales del trabajador, por tanto con un abanico múltiple, dentro de unos toques o límites máxi-

⁷ «La coexistencia de los Convenios bilaterales con los Reglamentos 1408/71 y 574/72. Los asuntos Rönfeldt y Thévénon», en *Noticias de la Unión Europea*, 157 (1998), pgs. 101 y ss.

7. Sentencia de 25 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1376), importante también porque acoge por vez primera la doctrina de las bases medias aritméticas, que confirmará la de 15 de octubre de 1993 (RJ 1993, 9216), analizada en texto.

mos y mínimos, éstos sí establecidos por grupos o categorías profesionales. Es obvio —recalca la Sentencia en su fundamento 8— que la entrada en vigor del sistema de bases calculadas de acuerdo con los salarios o retribuciones de los trabajadores no permite hablar ya de una base de cotización única. Y tal hipótesis de cotización única era justamente la contemplada en la letra del precepto sobre la materia del Convenio Hispano-Alemán, y la realmente existente en nuestra legislación en el momento de suscribir dicho convenio. Hace falta, pues, reajustar la interpretación del Convenio a los tiempos presentes. El sistema de bases tarifadas sobre el que se asentaba ha desaparecido, lo cual genera una visible laguna normativa que debe ser colmada mediante la interpretación sistemática del Convenio. Aquí acaba el argumento, pues la Sentencia pasa a considerar otros de índole sistemática, como anuncia. Pero deja indicada su postura en las líneas siguientes al rechazar una interpretación conforme a las bases mínimas o las máximas, que corresponderían a un sistema posterior y por ende no previsto por el Convenio al regular estos temas. En definitivas cuentas, el TS señala con este argumento que un convenio surgido durante el sistema de bases únicas por categoría, abstractas y tarifadas, debía interpretarse respetando escrupulosamente su intención, que no podía ser otra que la referencia a unas bases únicas y abstractas para todos los pertenecientes a una categoría, expresivas por lógica del nivel promedio o standard de la misma, por lo que debía ser considerada, de alguna manera, como tendente a las bases medias de ella, y por tanto coincidir con lo establecido en el Reglamento 1408 sobre bases medias.

b) Desde el punto de vista sistemático, una solución que tuviera en cuenta las cotizaciones alemanas para fijar el porcentaje de pensión española pasaría por alto que de tal forma las retribuciones alemanas servirían dos veces, una para el porcentaje germano y otra para el español, «doble influencia no enteramente justificada».

c) Una lectura del Convenio demuestra que no desea mezclar las bases españolas con las retribuciones alemanas, de igual forma que tampoco conecta las bases alemanas con las retribuciones españolas: así, el artículo 25.1 a) del Convenio aísla unas de otras al afirmar expresamente que la referida base reguladora se calculará sobre determinadas bases de cotización vigentes en España, y en concreto las de los trabajadores de la misma categoría profesional de la persona interesada. El mismo criterio de estanqueidad siguen —continúa la sentencia— para las pensiones alemanas el artículo 25.2 a) y el 11.4 del Convenio (fundamentos 6 y 7).

d) Un último argumento, de índole económica, sale a relucir para ratificar el criterio de las bases medias: una vez excluido el cómputo de las máximas por los argumentos anteriores, la laguna del Convenio de 1973 debe ser integrada con el criterio de las medias, que es el que mejor se acomoda a sus principios inspiradores y parece también el más equilibrado en una seguridad social de base profesional, que en una situación de cotizaciones presuntas no debe dar por supuestas ni la hipótesis óptima para el asegurado, ni la hipótesis de mínimo gravamen para la entidad aseguradora. La realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada —continúa en el fundamento 10—, caracterizada por la creciente escasez de los recursos de protección social y la creciente presión demográfica sobre los mismos, aconseja también la solución adoptada, que armoniza la exigencia social de una renta de jubilación ajustada a la carrera de seguro desarrollada con la conveniencia económica de contener el desbordamiento del gasto de protección social.

En conclusión, el Tribunal Supremo respalda aquí una doctrina iniciada por

algunos Tribunales Superiores de Justicia y acogida en principio por la Sentencia de 25 de febrero de 1992, antevista, que considera adecuada la selección del promedio aritmético entre bases máximas y mínimas españolas de los años anteriores al hecho causante, incluso los trabajados en el extranjero. Unas bases medias que no existían en la práctica, pues ni se tenía en cuenta lo que hubiera cotizado el trabajador en España antes de partir, ni lo que hubiera cotizado en el país de acogida, pero que en todo caso dejaba atrás el criticable rasero del mínimo absoluto. En puridad, y a fuer de querer aplicar el criterio de las bases medias acogido por el artículo 47 Reglamento 1408, lo duplicaba, por decirlo de alguna forma, pues promediaba aritméticamente las bases mensuales antes de calcular el promedio general del período de cálculo, los ocho años anteriores al hecho causante, sin tener en cuenta las bases reales –pues su único contacto con la realidad consistía en utilizar las categorías profesionales que hubiera desempeñado en el otro país–.

Pero aquella desvinculación de las bases reales por mor de abandonar las bases mínimas iba a sufrir el contraataque del gobierno español, que a través del Reglamento comunitario 1248/1992, de 30 de abril (LCEur 1992, 1580), aunque sin efecto sobre la Sentencia de 1993, que operaba sobre hechos anteriores en el tiempo, modifica el Reglamento 1408 añadiendo un párrafo en el Anexo VI D.4, de tal modo que las bases a tener en cuenta habrían de ser desde ese momento, no las mínimas absolutas ni las medias actuales, sino las remotas del asegurado antes de emigrar, actualizadas y revalorizadas hasta el mismo momento del hecho causante⁸, una fórmula escrupulosa con los requisitos del artículo 47 del Reglamento 1408 y deseosa de contentar a los afectados, pero insatisfactoria en este último extremo por anclarse en bases tan lejanas. El escaso avance de la situación del trabajador, posible gracias al control omnímodo que los Estados miembros poseen sobre el texto del Reglamento 1408 por virtud de la regla de la unanimidad, quedaba de manifiesto ante la postura del Tribunal Supremo, pues el nuevo texto reglamentario obviaba incluso las bases medias actuales y se remontaba a las antiguas bases españolas, de ordinario anteriores incluso a la Ley de Seguridad Social de 1966 (RCL 1966, 734 y 997), aunque actualizadas con los exiguos baremos de todos conocidos.

No es de extrañar que el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura planteara ante el Tribunal de Justicia comunitario la validez de aquella reforma del Reglamento 1408 sobre tres trabajadores que habían tenido la desgracia de cumplir el hecho causante de sus respectivas pensiones (una de jubilación y dos de invalidez) a tiempo para sufrir los efectos de la reforma. En la Sentencia Naranjo Arjona de 9 de octubre de 1997, el Tribunal de Justicia procede a dos recordatorios: el primero, que su jurisprudencia se opone a que los trabajadores migrantes sufran reducción de la cuantía de sus prestaciones por haber ejercido el derecho a la libre circulación⁹; en segundo lugar, que su (nueva) jurisprudencia se opone a la pérdida de ventajas alcanzadas por los trabajadores bajo la vigencia de convenios bilaterales¹⁰. Ahora bien: hasta qué punto las bases antiguas actualizadas suponen o no pérdidas para el trabaja-

8. En su versión inicial, la reforma ordenaba la actualización hasta el año anterior al hecho causante, año de gracia que desapareció posteriormente. El problema de los emigrantes que no habían trabajado en España antes de partir al extranjero es tratado en las SSTJCE 20 de febrero de 1997 (TJCE 1997, 31), MARTÍNEZ LOSADA y 25 de febrero de 1999 (TJCE 1999, 32), FERREIRO ALVITE. Ver también infra, nota 17.

9. Sentencia de 9 de agosto de 1994 (TJCE 1994, 153), Reichling.

10. Sentencia Rönfeldt, citada.

dor es algo que deben valorar los Tribunales españoles. Si así fuera, cabría pensar en la aplicación del convenio bilateral más favorable, aunque sólo a los trabajadores que hubieran trabajado en el otro país durante la vigencia de dicho convenio.

El núcleo de la Sentencia Naranjo Arjona consiste en una defensa elegante del Convenio bilateral Hispano-Alemán. Cita la postura del representante de la Comisión en la vista, según el cual el artículo 25.1 b) del Convenio resultaría más favorable a los interesados que la aplicación del Reglamento 1408, aunque el Gobierno español había rechazado la tesis de la Comisión. Por su parte, el abogado general había mantenido la postura de que la actualización de las bases antiguas tenía los mismos objetivos que el Convenio y normalmente debía alcanzarlos. Pero lo que parece equidistancia del Tribunal de Justicia no impide una afirmación enérgica en la parte dispositiva de la Sentencia: en el caso de que las normas del Reglamento resulten menos favorables que un convenio anterior para los trabajadores que ya ejercían su actividad en otro Estado miembro antes de la entrada en vigor del Reglamento, el órgano jurisdiccional competente *debe* aplicar las reglas establecidas por el referido Convenio. Cabría decir que el Tribunal comunitario elude la respuesta dejando que decidan los tribunales nacionales, pero da las suficientes pistas para que éstos puedan obrar adecuadamente. En todo caso da por bueno en principio el sistema de las bases antiguas actualizadas, con lo cual pone en entredicho la postura más progresista del Tribunal Supremo sobre las bases actuales promediadas.

De ahí que el propio TS planteara una nueva cuestión prejudicial sobre la validez de las bases antiguas actualizadas del Reglamento 1408 con motivo del asunto Grajera Rodríguez, que el Tribunal comunitario resolvió en su Sentencia de 17 de diciembre de 1998. De paso, el Tribunal Supremo sugería además si el método más adecuado para garantizar la igualdad de trato del trabajador migrante no consistiría en calcular la pensión a partir de las bases por las que el trabajador hubiera cotizado de haber permanecido en España durante el período de cómputo –los ocho años anteriores al hecho causante, como venía defendiendo en las sentencias que hemos comentado–. El Tribunal de Justicia responde en similar forma a la hecha en Lafuente Nieto: lo importante es que las bases remotas sean actualizadas suficientemente, de manera que equivalgan a las que hubiera percibido de no haber ejercitado su derecho a la libre circulación, y la valoración de ello corresponde a los Tribunales nacionales¹¹. En cuanto a la fórmula propuesta por el Tribunal Supremo, queda rechazada: un método de cálculo como el que propone el órgano jurisdiccional remitente no permite cumplir la obligación de tomar sólo en cuenta los períodos de seguro cubiertos en España, en la medida en que toma como período de referencia el tiempo trabajado en otro Estado miembro¹². La Sentencia Grajera Rodríguez termina aludiendo a la posible aplicación del Convenio bilateral como manera de eludir los inconvenientes del Reglamento 1408: lo habían sugerido en la vista tanto el representante del Consejo como el de la Comisión, y el Tribunal de Justicia señala que el Tribunal nacional deberá comparar ambos textos, y si estima más favorable el del Convenio bilateral, *deberá* aplicarlo; en caso contrario, recuerda, *deberá* aplicar las normas del Reglamento tal y como las ha interpretado el propio Tribunal comunitario¹³.

11. Párrafo 24.

12. Párrafo 23.

13. Párrafo 31.

El Tribunal Supremo debía apartarse de los postulados asumidos desde principios de los noventa, y es lo que hará a finales de la década con la Sentencia de 9 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2755), en unificación de doctrina. Lo hará de forma harto curiosa, pues se hallaba condicionado por el «petitum» del recurso, que sólo pretendía la aplicación directa del artículo 51 del Tratado (LCEur 1986, 8) para eludir las normas del Reglamento. El Supremo no puede hacer otra cosa más que recordar la respuesta recibida del Tribunal de Justicia en la prejudicial planteada, a saber, que el Reglamento 1408 en principio no contradice al Tratado, salvo que el Tribunal nacional considere que la actualización prevista no es suficiente. Y como la alternativa de las bases medias actuales que había sugerido no se acepta por el Tribunal comunitario, y el recurrente no ha propuesto la aplicación del Convenio bilateral, que podía habersele aplicado, el fallo de la Sentencia desestima el recurso sin más pronunciamientos. Es luego, en el voto particular suscrito por cuatro de los magistrados de la sala, donde el Supremo se siente liberado de las limitaciones del recurso y ensaya una nueva dirección, no muy distinta, a decir verdad, de la criticada por el Tribunal comunitario como incompatible con el Reglamento¹⁴. Comienza con una rotunda afirmación, que no cabe sino compartir: el cálculo mediante las bases antiguas revalorizadas es netamente perjudicial para los emigrantes que están accediendo en esta época a la pensión de jubilación, al privarles del muy fuerte crecimiento de las pensiones generadas en la Seguridad Social española desde los años sesenta hasta mediados de los noventa. Tal resultado es consecuencia obligada del fuerte incremento de los salarios españoles que han servido de base de cotización en dicho intervalo, y del crecimiento también importante de las cuantías de las pensiones mínimas reconocidas por el sistema de la seguridad social española durante el mismo período de tiempo¹⁵. Por ello «descarta» el Anexo VI D.4 como incompatible con la doctrina del Tribunal de Justicia de no perjuicio a los emigrantes. El Supremo recoge el guante que en varias ocasiones había lanzado el Tribunal de Luxemburgo a los jueces nacionales sobre la valoración del sistema de bases antiguas actualizadas, y rechaza que pueda servir para ubicar a los trabajadores migrantes en una situación similar a la que hubieran tenido de no haber ejercitado su derecho a la libre circulación.

Una vez emitido el juicio, que en realidad se ofrece a las futuras decisiones de los Tribunales, ante la carencia de efectos jurídicos del voto particular —por más que tan importante y significativo como el ahora comentado— pasa a indicar cuál debiera ser el método de determinación de la base reguladora. Para los firmantes del voto, no puede ser ni el de las bases mínimas ni el de las máximas porque las rechazó la Sentencia Lafuente Nieto en 1996, ni tampoco el de las bases medias que rechazó la Sentencia Grajera Rodríguez en 1998. Dado que el sistema español de seguridad social se integra en el modelo descrito por el artículo 47 g) Reglamento 1408, de promedio de las bases de cotización cumplidas en el propio país, consideran que debe ser retenido tal método, aplicándolo a la categoría profesional desempeñada en España antes de emigrar, com-

14. No obstante, el ponente de la Sentencia había sugerido un criterio distinto en un Congreso celebrado el año anterior a la sentencia, reproducido en el libro de actas del mismo: DESDENTADO BONETE, A.: «El problema de la determinación de la base reguladora de la pensión española...», cit., pg. 101: «consistiría en tomar el importe de éstas (las bases remotas) antes de la emigración y revalorizarlo aplicando el índice de precios al consumo».

15. Voto particular, 3º.2. Por su parte, las revalorizaciones «fueron intermitentes y con criterios variables que no parece que hayan podido garantizar una actualización eficaz», al menos hasta la Ley 26/1985, dice DESDENTADO BONETE, A.: «La Seguridad social de los trabajadores migrantes...», cit., pg. 95, nota 29, remitiéndose al *Informe sobre la reforma del sistema español de Seguridad Social*, IESA. Madrid, 1983.

putando sus bases medias actuales, es decir, las bases de los trabajadores españoles de la misma categoría del trabajador migrante¹⁶. De nuevo el Supremo avanza hacia lo más reciente, los salarios vigentes en España durante los últimos ocho años. Su crítica al sistema de las bases iniciales actualizadas creemos que es inapelable. El problema de la nueva fórmula no está en ella, sino en la rigidez del artículo 47 g) Reglamento 1408, que incluso sin el tirón hacia abajo del Anexo VI D.4 continúa hablando de determinar la base únicamente en función de los períodos de seguro cumplidos por el trabajador migrante en España. El Anexo, en realidad, había tratado de dulcificar tal rigidez hablando de actualizaciones. Estas no eran suficientes para nivelar la situación del trabajador migrante, es cierto, con lo cual volvemos a la cruda realidad, sin paliativos, de los salarios percibidos en España... hace treinta años. Cabe, desde luego, la remota posibilidad de volver a España antes de la edad de jubilación y hallar un empleo cuyos salarios pudieran servir para el promedio de los últimos ocho años. La historia de los que vuelven aún no jubilados es otra página confusa de la Seguridad Social europea, que ha merecido ya ríos de tinta en torno al valor que deba darse al subsidio de desempleo de los emigrantes retornados con vistas a la pensión de jubilación¹⁷. Pero en este Capítulo no vamos a entrar.

El escollo lo advierte bien pronto el mismo Tribunal Supremo, y un día más tarde da otra vuelta de tuerca, imperceptible pero eficaz: en la Sentencia de 10 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2910), concluye que el Reglamento 1408 es menos favorable para el trabajador que el Convenio bilateral Hispano-Alemán, el cual habla de calcular la pensión sobre las bases de cotización vigentes en España para los trabajadores de la misma categoría profesional que la persona interesada, y no sobre las bases remotas del propio trabajador.

Pero el Supremo no se aparta radicalmente de sus precedentes, sino en la medida necesaria para eludir el problema que observa en el artículo 47. Ahora afirma rotundamente que el Reglamento 1408, es decir, no sólo el Anexo VI D.4, sino su obligado complemento del artículo 47, es en conjunto menos favorable que el Convenio Hispano-Alemán, el cual era aplicable al recurrente por haber trabajado en Alemania durante la vigencia de éste. Una vez eludido el problema, el resto se mantiene firme: el Convenio se refiere sin duda a las bases medias aritméticas actuales.

Por si hubiera dudas, la Sentencia TS de 16 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3753) repite y sintetiza: continúa vigente la doctrina de esta Sala contenida, dice, en las Sentencias de 15 de octubre de 1993 (RJ 1993, 9216) y otras, expresiva de que el cálculo de la base reguladora de la prestación ha de buscarse computando el período de los ocho últimos años trabajados en Alemania con anterioridad inmediata a la solicitud, por las bases medias de cotización vigentes en España para la categoría del

16. Voto particular, 4º.

17. Por todos, TOSCANI JIMÉNEZ, D.: «Análisis comparativo de la jurisprudencia comunitaria y de la del Tribunal Supremo acerca del subsidio de desempleo para mayores de 52 años y los emigrantes retornados (comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20 de febrero de 1997 y del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1997)», en *Relaciones Laborales*, II (1998), pgs. 511 y ss.; CHARRO BAENA, P.: «Subsidio de desempleo de mayores de 52 años. Trabajador que sólo cotizó en España como emigrante retornado durante el período de percepción del subsidio por tal motivo, y que acredita más de quince años cotizados en un régimen de jubilación en Alemania», en *Relaciones Laborales*, I (1999), pgs. 730 ss. Ver Sentencias TJ 20 de febrero de 1997, MARTÍNEZ LOSADA y 25 febrero 1999, FERREIRO ALVITE, y TS-4ª de 19 octubre 1998 (RJ 1998, 7869), y la nueva disp. adic. 28 del TRLGSS introducida por la Ley de Acompañamiento de la de Presupuestos del Estado para 1999 (RCL 1998, 3063 y RCL 1999, 1204). Ver también supra, nota 8.

trabajador, y no en relación a las bases de cotización pretéritas actualizadas, pues deben prevalecer «las disposiciones más favorables al trabajador beneficiario, como son, en el caso litigioso, los artículos 25 y 11 del Convenio Hispano-Alemán»¹⁸.

La evolución del Supremo es plenamente satisfactoria y sin lugar a dudas valiente. Defiende las bases medias actuales contra los repetidos intentos del gobierno español, a través de las modificaciones del Reglamento 1408, de colocar al emigrante en peor situación que sus iguales en España. Sólo nos queda una duda. Las sentencias del Supremo anteriores se pronunciaban en unificación de doctrina, en donde los términos de comparación se establecían no pocas veces con sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que reconocían las bases máximas. La doctrina científica, por otro lado, se viene pronunciando desde un principio por las bases máximas¹⁹, con alguna notoria excepción²⁰. ¿No son suficientemente poderosas las razones esgrimidas tanto contra las bases máximas como contra las mínimas? Es la última parte de este comentario, en la cual revisaremos los argumentos dados para rechazar las bases máximas. Recuérdese que sólo estaríamos hablando de aquellos emigrantes que trabajaron en Alemania durante la vigencia del Convenio bilateral de 1973, aunque prácticamente todos los casos que han llegado al Tribunal Supremo y al de Justicia comunitario sobre pensiones prorrateadas españolas se refieren a ellos, y que de algún otro convenio bilateral podría hablarse en parecidos términos.

IV. LAS BASES MÁXIMAS SEGÚN EL CONVENIO BILATERAL HISPANO-ALEMÁN.

Digamos de antemano que no es ésta la postura más avanzada que pueda darse, sino una de las intermedias. La más favorable al trabajador, descontando la que tomara en su integridad las retribuciones extranjeras, sería aquella que sumara sólo los años trabajados en cada país que permitieran la pensión máxima, desechando aquellos otros que, sin añadir una mejor pensión, provocaran un aumento del porcentaje «ineficaz» en uno de los países —en España, los que superen los treinta y cinco años entre cotizaciones reales y ficticias— en detrimento de la pensión del otro país, una teoría que tiene asiento en el Reglamento 1408, pero que, como ha indicado expresamente el Tribunal de Justicia, no puede aplicarse a las pensiones de vejez e invalidez²¹.

Pues bien, a tenor del artículo 25 del Convenio de 1973, si todo o parte de los ocho años anteriores al hecho causante hubieran transcurrido en Alemania, el organismo español determinará la base reguladora sobre las bases de cotización vigentes en España para los trabajadores de la misma categoría profesional que la persona interesada durante dicho período. Advirtamos un primer matiz respecto a la doctrina del Supremo: el convenio no habla de las bases actuales de la categoría profesional *pretérita*, sino de las de la categoría *actual* que el trabajador desempeña

18. Cfr. GUTIÉRREZ SOLAR CALVO, B.: «Cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación en supuesto de prestación de servicios en distintos países comunitarios y Derecho aplicable», en *Relaciones Laborales*, 19 (1999), pgs. 61-67.

19. Así, FERNÁNDEZ DE LA MATA: «Cálculo de la base reguladora...», cit., pg. 390; ROJAS CASTRO, M.: *Derecho Comunitario Social*, Granada, 1993, pgs. 81 y ss., 149 y ss.; OJEDA AVILÉS, A.: *Las pensiones de invalidez y vejez de la Unión Europea*, Madrid, 1994, pgs. 36-36.

20. DESDENTADO BONETE, A.: «El problema de la determinación...», cit., pg. 100.

21. La propuesta es de ROJAS CASTRO, M.: *Derecho Comunitario Social*, cit., pgs. 119-120.

en Alemania. Es lógica la omisión total de los antecedentes españoles para unos trabajadores que salieron treinta años antes de una agricultura que se mecanizaba, con categorías de peón, y entraron en las fábricas alemanas donde paulatinamente adquirieron una modesta especialización o cambiaron a la hostelería o los servicios en carreras profesionales que poco tuvieron que ver con su vida en España. Desde la perspectiva estricta de la Seguridad Social, tomar las bases remotas significa entrar en un universo de incertidumbres denunciado por el propio INSS en su Circular de 20 de julio de 1992²², donde las cotizaciones reales al SOVI y al Retiro Obrero con frecuencia o no se conocían, o no existieron. De aplicar adecuadamente el Convenio bilateral, la categoría profesional tomada en consideración sería la actual, referenciada en el formulario E-205-D que envía la entidad gestora alemana sobre la carrera de seguro en ese país.

Pero vayamos a los argumentos por los que se consideró desde un principio que el convenio bilateral no contempla el cómputo de las bases máximas españolas cuando los salarios percibidos en Alemania por el trabajador migrante desbordaban la franja española de su categoría.

a) El argumento clave, en nuestra opinión, es el histórico: el convenio se promulga en una época donde en España existía una base tarifada o promediada por cada categoría profesional, lo que habría acabado en 1985 con la implantación como base de cálculo de los salarios reales de los últimos ocho años de la vida laboral del trabajador. De interpretar la voluntad del convenio en la época presente, aquella base tarifada única sería el equivalente a una media aritmética situada entre la mínima y la máxima en que se mueven los salarios reales admitidos a la operación de cálculo.

El razonamiento presenta una pequeña desviación de partida que le resta eficacia. En 1973 no existía una base tarifada única por categoría, sino que desde la Ley de Financiación y Perfeccionamiento del Régimen General 24/1972, de 21 de junio (RCL 1972, 1166), se había por fin abandonado aquel sistema que correspondía a una época en que las Ordenanzas fijaban salarios únicos por categoría, y se había pasado al sistema de bases reales. El sistema había cambiado, pues, más de un año antes de que apareciera el convenio, por lo que sus redactores tenían delante a un sistema similar al actualmente en vigor. Decimos *similar*, porque el plazo de adaptación fue largo, ya que hasta 1979, un septenio más tarde, no se implantó plenamente. Pero en el ínterin se debía cotizar por una base compuesta de dos elementos, como se recordará: la base tarifada de la categoría, y la base complementaria individual, que acercaba el conjunto a lo que el trabajador percibía efectivamente como salario. Era, por tanto, un sistema similar al de los salarios reales, el que existía en España cuando se redacta en diciembre de 1973 el Convenio bilateral.

Sin embargo, hay más: el sistema de bases reales se pone en pleno funcionamiento, con topes máximos y mínimos, a partir del Real Decreto 82/1979, de 19 de enero (RCL 1979, 220). No mucho antes había entrado en vigor el Convenio bilateral, *redactado* en 1973. Por razones que se nos escapan, entre las que podía estar el

22. Vid. RÍOS SALMERÓN, B.: «Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez (Nota de urgencia a la STJCE de 12 de septiembre de 1996, caso «Lafuente»)\», en *Actualidad Laboral*, 1 (1997), pg. 13. Para solucionar los problemas de desconocimiento de las bases de aquella época, el INSS acogió como cotizaciones reales las cuantías de topes máximos que daban derecho a la inclusión del trabajador en dichos regímenes aseguratorios; para el régimen siguiente del Mutualismo Laboral habrían de tomarse, cuando no se conociera la cotización real, a las bases mínimas mensuales.

otorgarse un período de observación del nuevo sistema, el Convenio que lleva por fecha el 4 de diciembre de 1973 sufre un largo período de hibernación y no ve la luz en el BOE sino hasta el 28 de octubre de 1977, afirmando en el último artículo del acuerdo complementario que entraría en vigor el 1 de noviembre del mismo año. Muy probablemente requeriría aún el año 1978 para sustituir de pleno al Convenio de 1959 (RCL 1961, 1443 y NDL 27375), a la vista de la compleja estructura de sus disposiciones transitorias y finales, entre las que destacaba el período de vigencia inicial: un año (art. 57.1).

No hay necesidad de adaptar, por ello, el Convenio al sistema actual, porque nació dentro de él. Así puede deducirse de su alusión a «las bases», en plural, vigentes en España para los trabajadores de la misma «categoría profesional», en singular, que la persona interesada. El olvido del Tribunal Supremo, por otro lado, es casi un «lapsus calami», pues sabía que el texto había sido publicado en el BOE con cuatro años de demora²³.

b) El argumento de la doble influencia de las bases alemanas, tanto sobre el porcentaje alemán de la pensión como sobre el español, que existiría si tuviéramos en cuenta los salarios alemanes con el tope de la base máxima española, ha impactado hasta al propio Tribunal de Justicia, que llega a reproducirlo en algún momento. Late en el fondo del alegato la siguiente idea: el trabajador migrante no debe resultar perjudicado por ejercitar su derecho a la libre circulación, pero tampoco debe resultar privilegiado, o lo que es lo mismo, tampoco pueden ser perjudicados los trabajadores sedentarios; máxime cuando quien debe pagar la diferencia por esos salarios alemanes es... la Seguridad Social española. Se trata de un argumento de equilibrio, de equidad, tanto entre los beneficios a percibir por migrantes y sedentarios, como por las cargas a repartir entre los sistemas de ambos países.

Poco hay dicho respecto al trato de favor de los trabajadores migrantes en relación con los sedentarios. En principio cabría observar que el migrante se desarraiga del entorno, deja atrás vínculos sociales y familiares y asume no pocas penalidades, para mejorar su situación, y no sólo para mantenerla como en España. No tiene sentido, en pura lógica, alegar que lo ganado y lo cotizado en el período de acogida no debe ser tenido en cuenta para el conjunto de la pensión porque mejora indebidamente la situación del migrante. La afirmación de que el tener en cuenta las retribuciones alemanas para la pensión española conduce a un mejor trato no enteramente justificado se inspira, creemos, en la idea de garantizar un trato igual en el origen a migrantes y a sedentarios, pero el respeto a la libertad de circulación sólo protege frente a un trato peor hacia los migrantes, lo que no necesariamente presupone el lado contrario, o dicho en otras palabras: el Tratado de Roma (LCEur 1986, 8) garantiza al emigrante un trato al menos igual que al sedentario, pero su funcionamiento, atestiguado por multitud de normas comunitarias que consagran para su ámbito el principio de norma más favorable, va en el sentido de respetar la mejor condición del migrante.

Claro que son argumentos de lógica jurídica, y necesitamos algo menos abstracto. Existen: en las Sentencias de 13 de octubre de 1977, Mura, y de 22 de abril

23. Cfr. Sentencia de 15 de octubre de 1993 (RJ 1993, 9216), fundamento 2 «in primis», donde cita al Convenio (RCL 1977, 2296, 2550 y ApNDL 12777) con su referencia del Repertorio legislativo de 1977.

de 1993 (TJCE 1993, 54), Levantino, el Tribunal de Justicia toma posición frente al reproche de que los emigrantes podrían tener ventajas frente a los sedentarios, los cuales resultarían discriminados, y proclama que no puede admitirse, porque no cabe discriminación en situaciones legales no comparables. Para el Tribunal comunitario las eventuales diferencias se deben a la falta de un régimen nacional de seguridad social, o al defecto de armonización de los regímenes nacionales existentes. Y en efecto, no es el trabajador quien decide que la base reguladora se constituye con el promedio salarial de los últimos años trabajados. La doble influencia existe, por lo demás, desde que cada país tiene que sumar los años trabajados en el otro país, pues está ínsita en el mecanismo de la totalización.

Frente a este posible desequilibrio del convenio bilateral, el sistema del Reglamento 1408 muestra desequilibrios mucho más flagrantes en otras partes de su articulado, que benefician unas veces y perjudican otras a las arcas de la Seguridad Social española. Así, la coordinación comunitaria se resuelve para algunas prestaciones en una totalización sin prorrateo; para otras, en cambio, en un prorrateo sin totalización; y para otras, en fin, en una totalización con prorrateo. Contra lo que pueda parecer a primera vista, el último caso, de totalización con prorrateo, no es el habitual, aunque sea el que rige en el caso de las pensiones de jubilación y en parte de las de invalidez. El supuesto primero, de totalización sin prorrateo, es también muy frecuente, y lleva a consecuencias bastante desequilibradas. A su virtud, paga un solo país, de ordinario aquel donde se produce el hecho causante, pero debe sumar y totalizar los períodos de seguro cumplidos en el otro o los otros países y otorgar la cuantía correspondiente a esa suma. Un procedimiento tan oneroso para el país obligado existe para la invalidez entre países de legislación «A» (España, Francia, Bélgica, Holanda y Reino Unido), con la consecuencia de que, según el país donde quede inválido el trabajador, percibirá toda la pensión de ese país, y en cuantías abismalmente distintas respecto de las que hubiera percibido si el accidente hubiera ocurrido en otro país²⁴. También rige en el desempleo del emigrante retornado que hubiera trabajado un solo día en España, el cual tendrá derecho a una prestación correspondiente a la suma de períodos de seguro cumplidos en ambos países. Igualmente en pensiones no contributivas, en prestaciones familiares, en subsidios de defunción o prestaciones por hijos o huérfanos del pensionista residentes en otro país. El Convenio bilateral, de cualquier modo, no tiene en cuenta en puridad los salarios alemanes para la parte de pensión española, pues aquellos quedan «nacionalizados» mediante la horma que supone la franja salarial con tope máximo. El convenio se expresa claramente en tal sentido cuando tiene en cuenta las bases vigentes en España para la categoría que el trabajador detenta: dentro de esa franja de bases situado entre un mínimo y un máximo, se tomarán las suyas reales, como dicen no pocas sentencias del Tribunal Supremo²⁵ y de los Superiores de Justicia, siendo, «ad limina», el tope máximo en el caso de superar lo permitido.

La doble influencia de las pensiones alemanas parece querida por el Convenio, a diferencia de las normas del Reglamento 1408. De ahí que el TS sugiera otros argumentos para reforzar su interpretación.

24. Para mayores detalles puede verse mi libro *Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea*, pgs. 63-64; y también *El sistema común europeo de Seguridad Social*, pg. 80.

25. Cfr. supra, nota 4.

c) Igual que se opone a tener en cuenta las bases alemanas para la parte española de pensión, el Convenio bilateral también rechaza tener en cuenta los salarios españoles para la parte alemana. Estaríamos ante un tratamiento equilibrado y aislacionista: aunque deben sumarse los años trabajados en el otro país para obtener el período de carencia total, luego la parte de pensión a abonar por cada Estado tiene en cuenta únicamente los salarios propios. Como ejemplo de ello se citan los artículos 25.2 a) y 11.4 del Convenio. Tanto en uno como en otro casos establecen que para calcular la pensión alemana sólo se tendrán en cuenta los salarios alemanes, no los españoles, aunque desde luego para calcular el período de carencia se sumen los años españoles. Así pues, resume el Supremo, también el Convenio, al igual que el Reglamento 1408, excluye de manera expresa cualquier elemento de legislación extranjera para obtener la base de cálculo de las pensiones respectivas de la Seguridad Social española y alemana²⁶.

En nuestra opinión el aparente aislacionismo alemán se debe a razones diametralmente opuestas al pretendido equilibrio con la solución española, las cuales obedecen a una filosofía en principio técnica, pero que repercute beneficiosamente en el pensionista, pues el cálculo con salarios exclusivamente alemanes da un promedio superior al derivado de los españoles, como queda implícito en el debate que nos ocupa. El cálculo de la pensión no es en el país centroeuropeo el «simple» promedio de las ganancias de los últimos años, actualizadas, sino una fórmula compleja donde el salario real del trabajador a lo largo de vida laboral (*persönliche Entgeltpunkte*) aparece reducido a puntos por año, que multiplican el salario medio general fijado anualmente a principios de julio de el gobierno (*aktuelle Rentenwert*)²⁷ y a su vez multiplican el llamado factor típico de pensión (*Rentenfaktor*) que para las pensiones de vejez es del 1 por 100, para las de incapacidad total para la profesión habitual del 0,66 por 100, y para la incapacidad absoluta del 1 por 100²⁸.

De esta forma, el salario del trabajador se compara con el salario medio general y se considerará 1 punto por año cotizado²⁹ si coincide con dicho salario medio, 0,5 si es la mitad que él, etc. El total de puntos individuales así obtenidos se multiplica después por el salario medio general del año en que se cumple la edad de jubilación o la situación de invalidez o viudedad, cuya cuantía entre julio de 1998 y julio de 1999 ha sido de 47,65 marcos mensuales, y por el factor típico de pensión antes aludido. Por ejemplo, si el trabajador que se jubiló en 1999 ha ganado durante diez años un salario que en cada uno de ellos equivale al 0,6 por 100 del medio general, su pensión mensual será el resultado de multiplicar $(10 \times 0,6) \times 47,65 \times 1$, igual a 285,90 marcos mensuales. Si además de ello había trabajado en España diez años más, el convenio obliga a sumarlos a los años alemanes pero conservando intacta la puntuación salarial alemana, por tanto $(20 \times 0,6) \times 47,65 \times 1$, fórmula de la cual

26. Sentencia TS de 15 de octubre de 1993 (RJ 1993, 9216), citada, F. 7º.

27. Valores anuales desde 1891. El organismo encargado actualmente de la fijación es el Instituto Federal del Trabajo, § 63.7 del Código Social, Libro VI, de 18 de diciembre de 1989.

28. § 67, Código Social, Libro VI. Cfr. AA VV (PIETERS, D., coord.): *Social Security Law in the Fifteen Member States of the European Union*, Amberes, 1997, pg. 118; BIEY, H.: *Sozialrecht*, Frankfurt, 1988, pgs. 261 y ss.; MISSOC: *Social Protection in the Member States of the European Union*, Luxemburgo, 1997, pg. 236; ROJAS CASTRO, M.: *Diálogos Comunitarios. I. Retorno y pensión. Jubilación*, Granada, 1999, pgs. 140 y ss.

29. Hay también situaciones asimiladas al alta y cotizaciones ficticias durante la crianza de hijos, períodos de embarazo, maternidad y paro, cuidado de personas de edad, etc., en los que no vamos a entrar. Una descripción de ellas, en ROJAS CASTRO: op. cit., pgs. 141 y ss.

resultan 571,80 marcos o 48.643 pesetas al mes³⁰ de cuantía teórica, con una pensión alemana prorrateada de 24.321 pesetas por los diez años de empleo en aquel país. De haber tenido en cuenta los salarios españoles de los otros diez años, la comparación con el salario medio general alemán de cada año conduciría a puntuaciones muy reducidas en las décadas de los sesenta, setenta u ochenta, digamos del 0,2 por año, y las cuentas habrían sido muy otras: $(10 \times 0,2) + (10 \times 0,6) \times 47,65 \times 1$, igual a 32.428 pesetas mensuales de cuantía teórica y 16.214 de pensión alemana prorrateada. En el caso de una incapacidad total para la profesión habitual, donde el factor típico de pensión es del 0,66 por 100, el cálculo habría sido de $(10 \times 0,2) + (10 \times 0,6) \times 47,65 \times 0,66$, igual a 21.402 pesetas al mes por los veinte años de cotización, y 10.701 de pensión alemana prorrateada.

Como puede verse por los ejemplos, el repudio técnico a los salarios españoles tiene como consecuencia una mejora de la parte de pensión alemana que la entidad gestora de aquel país podía haber eludido con el aparente gesto solidario de tener en cuenta los salarios españoles. Por lo demás, el convenio muestra indicios de un talante realmente solidario en varios artículos, de los que podemos destacar el 21 o el 22.3 c)³¹, pasando por prácticamente todos los referentes a las pensiones de vejez, invalidez y muerte, desde el 28 al 33³².

d) El desbordamiento del gasto de protección social, la creciente escasez de recursos de protección social sumada a la presión demográfica sobre los mismos, es otro de los argumentos contra las bases máximas, un criterio hermenéutico —como dice el Tribunal Supremo— del que no puede prescindirse por completo. A nadie escapa la crisis financiera que hasta hace bien poco ha aquejado al sistema español, como a los demás sistemas nacionales europeos, dado el envejecimiento de la población y la ampliación algo voluntarista de la cobertura aseguradora³³. Igualmente es obvia la pesada carga de los migrantes para los países deudores, algunos de los cuales atraviesan por una crisis de confianza en las instituciones comunitarias, y España, por la vía de las conexiones transfronterizas débiles, se está convirtiendo rápidamente en país deudor³⁴.

Este mismo argumento, expresado en vista del equilibrio financiero del sistema y de la universalidad de la protección, se utiliza por el alto tribunal frecuentemente respecto al reembolso de gastos médicos producidos en centros externos al sistema,

30. Cambio fijo del marco: 1 marco = 85,07 pesetas.

31. A tenor del art. 21, las personas que hayan causado baja en la Seguridad Social española podrán continuar aseguradas voluntariamente en las mismas condiciones que las personas que hayan cesado en el seguro obligatorio de enfermedad alemán, cuando residan habitualmente en el territorio de la República Federal, equiparándose los períodos de seguro cumplidos en la Seguridad Social española a los cumplidos en una caja de enfermedad alemana. Por el art. 22.3 c), el organismo alemán incrementará la pensión de vejez, invalidez o supervivencia con las prestaciones que correspondan a las cotizaciones voluntarias y a las mejoras voluntarias.

32. Art. 33.1: «Para determinar si los períodos considerados por las disposiciones legales alemanas como exentos de cotización (*Ausfallzeiten*) o períodos complementarios (*Zurechnungszeiten*) deben ser tomados en consideración como tales, las cotizaciones obligatorias efectuadas en virtud de las disposiciones legales españolas serán asimiladas a las cotizaciones... alemanas y la fecha de la primera afiliación a la Seguridad Social española será asimilada a la fecha de la primera afiliación al Seguro de Pensiones alemán», etcétera.

33. Sobre el cambio demográfico como causa significativa de incremento de gastos, vid. PIÑEROA DE LA FUENTE, A.: «La problemática financiera de la Seguridad Social española. Notas económicas sobre una cuestión de pasado, presente y futuro», en *Relaciones Laborales*, I (1998), pgs. 641 y ss.

34. Cfr. más en detalle mi artículo AA VV: «Las conexiones transfronterizas débiles. ¿De zonas grises a cuerpo central?», en *Problemática española de la Seguridad Social europea*, cit., pgs. 61 y ss.

si bien con el respaldo legal de normas muy estrictas en torno a la «urgencia vital». Por desgracia, el Tribunal de Justicia comunitario ha endurecido los requisitos para admitir la objeción en dos Sentencias muy comentadas de 28 de abril de 1998 (TJCE 1998, 66), en los asuntos Kohll y Decker³⁵, en un tenor que invalida el alegato del riesgo financiero mientras no se pruebe que la concreta exclusión sea necesaria para garantizar un servicio equilibrado y accesible a todos³⁶, una «probatio diabolica» que en pensiones pequeñas como las reclamadas, en comparación con las enormes sumas que se autorizan para asistencia sanitaria externa, no llegaría a disuadir de su rechazo al Tribunal comunitario. Máxime cuando el sistema asume gastos probablemente superiores a través de leyes necesarias, como la de Extranjería 4/2000 (RCL 2000, 72), que se hacen eco de posturas jurisprudenciales y doctrinales favorables a la cobertura de los extranjeros ilegales³⁷. Y aunque el Tribunal Supremo se resiste a ampliar los gastos allí donde no aparece claramente el compromiso, como sucede por ejemplo en las pensiones no contributivas de los extracomunitarios³⁸, la Sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 4 de mayo de 1999 (TJCE 1999, 98), Sürül ha comenzado el dismantelamiento de las barreras nacionales existentes, al decir que no puede pedirse a un extracomunitario con autorización provisional de residencia el requisito de la autorización definitiva para poder optar a las prestaciones familiares por hijo, si para los nacionales simplemente se exige la residencia.

El argumento financiero tiene otra lectura, además, que no debería perderse de vista para un análisis ponderado del problema. Estos emigrantes que ahora solicitan unas pensiones superiores a las que la entidad gestora española les reconoce son los mismos cuyas remesas aliviaron sustancialmente la economía de muchas familias españolas durante varios decenios, y por ende ahorraron al Estado el equivalente en asistencia social a no pocos desamparados. Sin embargo no creemos que el financiero sea un argumento que pueda utilizarse como criterio hermenéutico, ni a favor ni en contra, para dilucidar el sentido del artículo 25 del Convenio, al menos mientras la entidad gestora no demuestre, según pide el Tribunal de Luxemburgo, que hay razones poderosas para exonerarla de la correspondiente obligación.

35. Ambas en TJCE 1998, 64 y 66.

36. Sentencia Kohll: «hay que hacer constar que ni la Union de Caisses de Maladie ni los Gobiernos de los Estados miembros que han presentado observaciones han demostrado que la normativa controvertida en el litigio principal sea necesaria para garantizar un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos. Ninguna de las partes que han presentado observaciones ha sostenido que dicha normativa sea indispensable para el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica esencial en el territorio nacional».

37. Aplicación de la cobertura aseguradora en materia de accidentes de trabajo a extranjeros ilegales por el art. 7 LGSS, tras la reforma operada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (RCL 1996, 3182). Ver GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Apunte sobre los derechos de la Seguridad Social de los extranjeros en España. Tras la Ley 13/1996, de 30 de diciembre», en *RMTAS*, 2/1997, pgs. 97 y ss. CARDENAL CARRO: «Extranjero «ilegal» y ámbito de cobertura de la Seguridad Social», en *Aranzadi Social*, 1998/I, pgs. 2503 y ss.

38. Sentencia TS 4ª, 1 de abril de 1998 (RJ 1998, 2689): marroquí residente en España que solicita pensión no contributiva, en base a que el Convenio Hispano-Marroquí de 8 de febrero de 1982 (RCL 1982, 2695 y ApNDL 12808) equipara marroquíes y españoles, art. 3 a) En u.d., el TS sigue las sentencias del TSJ Cataluña que consideran inaplicable la equiparación porque el Convenio se firmó cuando aún no existían las no contributivas, pese a que el 2.3 b) del Convenio prevé la ampliación a nuevas normas cuando no objete ninguna de las partes, lo que no había sucedido, pues como dice el TS, las no contributivas no sólo afectan a nuevos grupos, sino instauran una nueva rama de la Seguridad Social, y caen dentro del art. 2.3 a) del mismo Convenio (necesidad de nuevo pacto bilateral expreso). Hay voto particular del magistrado F. Salinas Molina, que entiende aplicable, no el Convenio bilateral, sino el Acuerdo de Cooperación UE-Marruecos de 1978 (LCEur 1978, 313), de aplicación directa en

e) En alguna sentencia mencionada más arriba el Tribunal Supremo señala que las bases máximas se excluyen, al igual que las mínimas, por la Sentencia del comunitario en el asunto Lafuente Nieto. En esa decisión del Tribunal de Justicia sólo hemos hallado, por el contrario, una expresa declaración de que las bases mínimas absolutas son incompatibles con las medias del artículo 47.1 g) del Reglamento 1408³⁹. Sólo implícitamente podría advertirse el rechazo a las bases máximas por no ser compatibles con dicho artículo del Reglamento 1408⁴⁰, lo cual puede ser cierto, pero sin valor cuando prescindimos del Reglamento comunitario y tomamos el convenio bilateral como elemento de comparación.

V. CONCLUSIONES

Aclarado el comprensible lapsus de que el Convenio hispano-alemán se refería a una base promediada de la categoría, podemos concluir que, tanto por el momento histórico en que se publica y entra en vigor el convenio, como por su redacción, el artículo 25 de dicha norma se refiere a las bases vigentes en España, incluso durante el tiempo trabajado en Alemania, *de los trabajadores de la misma categoría* que el interesado. Ahora bien, las bases de dichos trabajadores tanto son las correspondientes al tope mínimo, como al máximo, como a todas las bases comprendidas entre ambos extremos; todas ellas caen dentro de la descripción hecha por el artículo 25, por lo que el paso lógico siguiente consiste en tener en cuenta los salarios del trabajador durante su estancia en Alemania, en tanto se encuadren dentro de los topes establecidos, y si los superaran, el tope máximo habría de cumplir su función de atemperar las obligaciones de pago de la entidad gestora española. Tomar la base media, aritmética y abstracta, no tiene mucho sentido según el texto del convenio, el cual alude a la franja de bases reales asignada en España a la categoría del trabajador.

El lector podrá interrogarse ahora sobre la suerte de los migrantes que estuvieron sometidos a otros convenios bilaterales, o no estuvieron sujetos a ninguno, lo cual resulta muy raro porque España mantenía convenios con todos los países de la Comunidad Europea antes de ingresar en ella, y después de 1986 –fecha de ingreso efectivo de nuestro país– el número de emigrantes ha descendido a niveles ínfimos. ¿Se les aplica el Reglamento comunitario?

Deben descartarse de la cuestión a quienes estuvieron sometidos a convenios similares al alemán, más favorables que las normas comunitarias, por lo que permanecen como aplicables las bilaterales a tenor de la doctrina Rönfeld. Para los restantes, el problema obtiene una respuesta valiente en las últimas sentencias del Tribunal Supremo, cuando afirman que, de tomarse el Reglamento 1408, las bases a aplicar

cuanto a igualdad con los nacionales, por lo que tendría derecho a tal pensión aunque no esté trabajando en ese momento, lo que no se sabe porque los datos fácticos de la sentencia no lo reflejan.

39. § 37 de la Sentencia Lafuente Nieto: el art. 47.1 g) Reglamento 1408 «que se refiere a un régimen de cálculo fundado en una base media de cotización como el que prevé, en principio, la legislación española, no tiene por objeto y, en cualquier caso, no puede tener por objeto autorizar, excepcionalmente y en determinadas situaciones propias de los trabajadores que han ejercitado su derecho a la libre circulación, otra forma de cálculo fundada en una base mínima de cotización».

40. § 39 de la Sentencia Lafuente Nieto: lo anterior no significa que, a diferencia de lo previsto en el art. 47.1 g) Reglamento 1408, el cálculo de la base media de cotización deba fundarse en el importe de las cotizaciones pagadas en el otro Estado miembro. «Tal circunstancia implica solamente que, cuando se produce dicha situación, la referida base sea para el interesado igual que si hubiera conservado la obligación de cotizar con arreglo a la legislación de que se trate».

serían las mínimas o remotas⁴¹, conectando con el vigoroso razonamiento contrario al modo de actualizar tales bases remotas expuesto en el voto particular de la Sentencia de 9 de marzo de 1999 antes aludido. Sin embargo el TS ofrece una solución alternativa no demasiado convincente, en el sentido de interpretar el texto del artículo 47.1 g) –determinar la base media en función de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación española– como expresivo de la base media actual de la categoría profesional pretérita. Pues el Reglamento 1408 se refiere a los salarios obtenidos por el trabajador migrante cuando residía en España, según desarrolla adecuadamente el Anexo VI tantas veces citado. No se hallará en el cuerpo del Reglamento 1408 una alusión a un tipo standard de trabajador, de base o de período de seguro, pues sus referencias son siempre muy concretas, personalizadas en cuanto sucede al trabajador migrante en cuestión. A nuestro modo de ver, y puesto que el Supremo declara que el Reglamento 1408 contradice en este punto la doctrina del Tribunal de Justicia de no perjudicar al trabajador que ejerce la libre circulación, la respuesta queda liberada del corsé del Reglamento, por lo que pasaría a cumplirse la normativa común sobre bases reguladoras de las pensiones, artículos 140 y 162 LGSS, de donde se tomarán los salarios del propio trabajador percibidos en los últimos años tanto en España como en el otro país comunitario, con los topes comunes, y se obtendrá la media por la fórmula habitual.

En cuanto a la norma según la cual las bases aplicables para los períodos durante los que el trabajador no hubiera tenido obligación de cotizar serán las mínimas de entre todas las existentes (arts. 140.4 y 162.1.2 LGSS), no cabe entenderla referida al caso del emigrante que cotizó en un Estado miembro, dado que las normas comunitarias equiparan lo cumplido en cualquier parte de la Unión a lo realizado en España, por lo cual no existiría laguna cotizatoria. Recuérdese, por lo demás, que la ficción de haber cotizado por las bases mínimas vino introducida como beneficio para el trabajador incluso antes de la Ley 26/1985⁴², por lo que sería trastocar su significado el aplicarla a supuestos en donde el trabajador migrante ha cotizado muy por encima de las bases españolas.

Creemos que ésta es la solución más conforme a la ley, además de realista, pues como decíamos antes, la categoría e incluso la profesión que hubiera desempeñado el emigrante antes de salir de España en tiempos de juventud poco tiene que ver de ordinario con la alcanzada a costa de muchas renunciadas en los años anteriores a su jubilación o incluso a su invalidez.

La inaplicación del Reglamento 1408 no debe parecernos extraña, por lo demás. En varias ocasiones el Tribunal de Justicia ha invalidado alguno de sus preceptos por incompatibilidad con el Tratado de Roma, pues las reservas de los Estados miembros han ido a veces demasiado lejos, y pese a las correcciones del alto Tribunal vuelven a aparecer en otros lugares. Así ha podido decir B. Gonzalo González que dicho Reglamento «sirve hoy peor a los emigrantes que en el pasado», pues no ha solucionado sus carencias históricas ni ha resuelto –todo lo contrario, los ha agravado– sus

41. Así, Sentencia TS 10 de marzo de 1999, F. 6.

42. ALONSO OLEA M. y J. L. TORTUERO PLAZA: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, 1992, pg. 270, nota 108.

límites a la libre circulación de trabajadores⁴³. De ahí la propuesta de Reglamento 98/0360(CNS) presentado el 21 de diciembre de 1998⁴⁴ con el objetivo de sustituir al ya vetusto 1408.

43. «Excepciones al principio de igualdad en los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social», apud INSTITUTO EUROPEO DE RELACIONES INDUSTRIALES: *Problemática española de la Seguridad Social Europea*, cit., pg. 16.

44. OFICINA DE PUBLICACIONES OFICIALES DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Documentos*, COM (1998) 779 final.