

BUENAS PRÁCTICAS EN EL CÁLCULO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES A LA LUZ DEL ANEXO XI DEL REGLAMENTO CE/883/2004 Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 21-2-2013 SOBRE EL ASUNTO SALGADO GONZÁLEZ (C-282/11)

Dolores Carrascosa Bermejo*

I. Objeto de estudio y su vigencia. II. Premisas para el análisis de la problemática expuesta. III. Estado de la cuestión. IV. Soluciones previas al Anexo XI del Rgto CE/883/2004. V. Integración de lagunas comunitarias en el Anexo XI.2.a) del Rgto CE/883/2004. VI. Adaptación del procedimiento de cálculo (sentencia del Tribunal de Justicia de 21-2-13 sobre el asunto Salgado González C-282/11). VII. Buenas prácticas

I. OBJETO DE ESTUDIO Y SU VIGENCIA

Este trabajo pretende identificar algunas buenas prácticas que debieran ser tenidas en cuenta por la Administración española para calcular la base reguladora de las pensiones de jubilación –aunque también las de viudedad e incapacidad permanente por contingencias comunes- de los trabajadores migrantes. Estas buenas prácticas se centran en el que considero el problema crucial que todavía persiste para dicho cálculo en el marco de los Reglamentos comunitarios: la cobertura de las lagunas en el período de referencia para determinar la base reguladora de la “cuantía o pensión teórica” de los trabajadores migrantes. No se trata de una problemática superada u obsoleta, sino que mantiene su vigencia con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, por su tratamiento específico en la normativa de coordinación vigente desde el 1-5-2010, concretamente, en el punto 2.a) de la parte destinada a España del Anexo XI del Reglamento CE/883/2004. En segundo lugar, porque es la problemática abordada en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 21-2-2013 sobre el asunto Salgado González (C-282/11).¹ Aunque es cierto que esta cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia versa sobre la aplicación de los antiguos Reglamentos, como se tratará de demostrar en este trabajo, la solución que aporta esta sentencia bien podría resultar aplicable en el marco de la normativa de coordinación vigente actualmente. No es el primer pronunciamiento sobre esta polémica materia, pues el propio Tribunal de Justicia ya la abordó, con escaso éxito a la vista de las sucesivas cuestiones prejudiciales, en su sentencia de 17-12-98 sobre el asunto Grajera (C-153/97) y

* Dolores Carrascosa Bermejo. Profesora Doctora en el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de ICADE y la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Redactora del Área Social en Ediciones Francis Lefebvre.

Este trabajo se inserta en dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario Para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ Ver un análisis de la problemática que se expone, poniéndolo en conexión con el Asunto Salgado González en D. CARRASCOSA BERMEJO, “La base reguladora de la cuantía teórica de los trabajadores migrantes: el caso Grajera González”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 102/2013 p. 271 a 298. Un comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia sobre dicho Asunto Salgado González en DESDENTADO DAROCA, E. “De nuevo sobre los problemas del 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 nº 62/2013. p. 149 s.

previamente en las dictadas sobre el Asunto Lafuente Nieto (C-251/94) y Naranjo Arango (C-31/96 y otros).² Pronunciamientos todos ellos que captaron la atención de la doctrina española.³ Además poseen una indudable relevancia práctica no sólo presente sino futura a la vista de la nueva oleada de emigrantes españoles en la UE.⁴ En tercer lugar, porque la reforma de la normativa española de Seguridad Social relativa a este tipo de pensiones exacerba la problemática de la integración de lagunas al incrementar el período de referencia y la probabilidad de lagunas. En efecto, desde 2013 -tras la entrada en vigor de la Ley 27/2011- el período de referencia para su cálculo se va a ir ampliando paulatinamente hasta que en 2022 ocupe 25 años (esto es, una fracción de 300/350) inmediatamente anteriores al mes previo al hecho causante. Además hay que tener en cuenta que en el marco de esta reforma interna podrá suceder que el período de carencia para el reconocimiento del derecho –que se mantiene sin cambios- sea inferior al propio período de referencia.⁵ Por otro lado, como apuntaba el auto por el que se interpuso la cuestión prejudicial Salgado González,⁶ se deja un elemento trascendental para la libre circulación de los trabajadores en manos del legislador español interno al no poder computarse en el numerador más que las cotizaciones reales españolas. Además en el marco del cálculo de la base reguladora de la cuantía teórica el incremento paulatino del período de referencia supondría un incremento del denominador o divisor fijo aplicable para calcular la base reguladora, quedando el numerador conformado exclusivamente con la suma de las cotizaciones españolas reales incluidas en ese período de referencia. En suma, no resultaba difícil augurar -a partir de 1-1-2013- un descenso significativo de las bases reguladoras de las pensiones de los migrantes con escasos períodos de cotización españoles

II. PREMISAS PARA EL ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA EXPUESTA

Para analizar esta cuestión debe partirse de las siguientes premisas que van de lo más general a lo más específico:

En primer lugar, los trabajadores migrantes no pueden sufrir una reducción de la cuantía de sus prestaciones de Seguridad Social por el hecho de haber ejercitado su libre

² Sentencia del TJCE de 12-9-96 sobre el Asunto Lafuente Nieto C-251/94 planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Siete meses después del Auto del Tribunal Supremo de 17-3-1997 que planteó el Asunto Grajera se dictó por el TJCE la sentencia de 9-10-97 sobre el Asunto Naranjo Arango C-31/96, 32796, y 33/96 planteado, a su vez, por el TSJ de Extremadura.

³ Ver una bibliografía completa en D. CARRASCOSA BERMEJO, “La base reguladora...” RMEYSS 102/2013 op. cit. p. 297.

⁴ Como se señala en <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-emigrantes-espanoles-duplican-2007-mayoria-busca-trabajo-20130926102205.html> “ (...) el número de emigrantes españoles se ha duplicado desde 2007, año de inicio de la crisis, hasta 2012, la mayoría en busca de oportunidades laborales y con Ecuador y Reino Unido como principales destinos, según un informe de Asemplo, la patronal de agencias de colocación. Sólo en 2012, un total de 56.392 ciudadanos de nacionalidad española abandonaron el país, un 6,7% más que en 2011. La mitad de ellos (26.968) emigró a Europa, principalmente a Reino Unido (6.351), Francia (5.454), Alemania (4.392), Suiza (2.839) y Bélgica (2.335).”

⁵ Hasta 2012 se calculaba con un dividiendo equivalente al monto de las bases de cotización del interesado en un período de referencia de 180 meses (ó 15 años) y un divisor fijo de 210, esto es, la cantidad equivalente a las mencionadas 180 mensualidades a las que se agregaban 30 bases más, considerando las pagas extras generadas durante esos 15 años. Durante el año 2013 comienza el incremento paulatino del período de referencia, aplicándose 192/224 hasta alcanzar en 2022 los mencionados 25 años (300/350).

⁶ Ver Fundamento Jurídico 4º.3 del Auto del TSJ Galicia de 9-6-2011 del que es ponente el Magistrado José Fernando Lousada Arochena.

circulación.⁷ Los Reglamentos de coordinación no armonizan los sistemas nacionales de Seguridad Social, manteniendo el legislador nacional su competencia normativa para definir los requisitos para el reconocimiento y cálculo de prestaciones, siempre sin vulnerar el Derecho de la UE y, en concreto, el derecho a la libre circulación.⁸

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la aplicación de los Reglamentos de la UE no puede propiciar la pérdida de los obtenidos exclusivamente al amparo de las normas nacionales de Seguridad Social coordinadas. En efecto, existe un “principio de intangibilidad de los derechos nacionales por aplicación de los Reglamentos” que supone que el fundamento tuitivo de la normativa de coordinación en los Tratados (actualmente Tratado FUE art. 48), impide que su aplicación genere una disminución de los derechos que los interesados ya disfrutaban en un Estado miembro en virtud de la aplicación exclusiva de la legislación nacional.⁹ En suma, la norma de coordinación no puede ir en detrimento de los intereses del migrante, pues su objetivo sólo puede ser netamente tuitivo.

En tercer lugar, de acuerdo con el procedimiento de cálculo establecido en los Reglamentos tanto vigentes como previos,¹⁰ el monto de la pensión teórica -cuya base reguladora se analiza- ha de ser equivalente a la pensión de jubilación que hubiera

⁷ Ver recogiendo ese objetivo de la norma de coordinación la sentencia del TJCE 9-8-94 sobre el Asunto Reichling C-406/93 apdos. 21 y 22. Ver exponiendo este punto de partida interpretativo, o de análisis del Anexo, el punto 7 de la sentencia TJCE 17-12-98, Asunto Grajera C-153/97 que reitera el apdo 33 de la sentencia del TJCE de 12-9-96 sobre el Asunto Lafuente Nieto C-251/94 del mismo tenor literal

⁸ TJCE 1-4-08 asunto C-212/06 apdo 43 y 21-7-11 asunto C-503/09.

⁹ Se trata de un principio reconocido por el Tribunal de Justicia en las primeras normas de coordinación (ver en el marco del Reglamento n° 3/1958: TJCE de 15-7-1964 Asunto Van der Veen (100/63) y más claramente en TJCE 21-10-75 sobre el asunto Petroni 24/75). Ver más tarde el apdo. 15 de la sentencia TJCE 23-10-86 Asunto De Jong 254/84, el apdo. 21 de la sentencia TJCE 14-12-89, Asunto Dammer 168/88, o la TJCE 26-9-00 asunto Engelbrecht C-262/97. Ver más ampliamente sobre este principio hermenéutico PERL, G. "L'interpretation des instruments de coordination de securite sociale". RBSS. Aout-Septembre. 1991 . P. 468 y la tesis doctoral CARRASCOSA BERMEJO, D. "La coordinación comunitaria de los sistemas nacionales de Seguridad Social: Determinación de la Ley nacional aplicable. Reconocimiento y cálculo del derecho a una pensión de vejez contributiva". Universidad Carlos III Enero/2003. p. 45 y 59. <http://hdl.handle.net/10016/11723>. Más recientemente, ver también sobre su aplicación en el marco de la coordinación de la asistencia sanitaria CARRASCOSA BERMEJO, D. "Libre prestación de servicios y reembolso de gastos de hospitalización no programada durante estancia temporal en otro Estado miembro: ¿procede abonar el complemento diferencial Vanbraekel? Comentario de la STJ (Gran Sala) 15-6-2010, Asunto Comisión Europea contra el Reino de España C-211/08 (TJCE 2010/175)". Aranzadi Social n° 10-11/octubre 2010 p. 54. Resultando también este principio relevante respecto de las prestaciones familiares como muestran las sentencias del Tribunal de Justicia sobre los asuntos Bosmann (C-352/06) y Hudkzinski (C-611/10), ver en este último sentido CARRASCOSA BERMEJO, D. "Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009" en Revista IUSTEL N° 32/2012.

¹⁰ Muy sucintamente, todos los sistemas nacionales donde se reconozca el derecho a una pensión, por cumplirse los requisitos nacionales exigidos en su legislación, han de seguir un procedimiento común de cálculo "comunitario" que implica un constante intercambio de información entre las instituciones involucradas. Este procedimiento varía según se reconozca una <pensión de origen comunitario>, gracias a la totalización de períodos foráneos o asimilación de condiciones; o una pensión de <origen puramente nacional> sin recurrir a la ayuda de tales instrumentos. En el primer caso, la gestora española ha de determinar la cuantía teórica y prorratearla. En el segundo caso, la gestora habrá de realizar necesariamente un doble cálculo, por un lado, determinando la mencionada cuantía teórica prorrateada y, por otro lado, fijando el monto de la pensión nacional aplicando exclusivamente lo establecido en la normativa interna española de Seguridad Social. Los resultados de ambos cálculos han de compararse, pues es obligado abonar la pensión más elevada. Ver más ampliamente la tesis doctoral de CARRASCOSA BERMEJO, D. "La coordinación comunitaria de los sistemas nacionales de Seguridad Social: Determinación de la Ley nacional aplicable. Reconocimiento y cálculo del derecho a una pensión de vejez contributiva". Universidad Carlos III en Enero/2003 p. 435 <http://hdl.handle.net/10016/11723> p. 337 y s.

percibido el migrante de haber acreditado en España toda la carrera de seguro realizada en los restantes Estados miembros de la UE¹¹. Sea cuál sea la solución que se elija para la cobertura de las lagunas, la pensión teórica sólo estará bien calculada si su cuantía es equiparable a la que hubiera obtenido el trabajador solicitante de haber cumplido en España su vida laboral completa.¹² Esta pensión teórica es ficticia, en el sentido de que, obviamente, no es la que percibirá el migrante, pues sobre ella se aplica la denominada <prorrata temporis> que propicia la adecuación de su monto al tiempo cotizado en España.¹³ Sólo en la prorrata reside el elemento de contributividad y, en suma el reparto financiero entre las instituciones nacionales involucradas, pues en su marco se pondera la aportación o cotización específica del migrante al sistema de Seguridad Social que está realizando el cálculo de la cuantía teórica ficticia determinada en cada sistema de acuerdo con su legislación nacional.¹⁴

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Para el cálculo de la base reguladora se aplican las dos siguientes reglas comunitarias de coordinación contenidas de forma idéntica en el Anexo VI del Reglamento CE/1408/71 y en el Anexo XI del vigente Reglamento CE/883/2004. Se trata de normas de cálculo comunitarias ad-hoc¹⁵ – en tanto que son de aplicación exclusiva en España- que no

¹¹ Rgto CE/883/2004 art. 52.1.b); Rgto CEE/1408/71 art.46.2.a.

¹² Ver sentencias del TJCE 26-6-80, Asunto Menzies apdo. 9º y TJCE 17-6-97 Asunto Naranjo Arjona C-31/06 y otros o el apdo. 27 de la Sentencia de 21-7-05 sobre el asunto Koschitzki C-30/04.

¹³ Rgto CE/883/2004 art.52.1.b.ii; Rgto CEE/1408/71 art.46.2.b.

¹⁴ No es más que un porcentaje o una fracción que tiene como numerador los períodos de seguro españoles, y como denominador la suma de los períodos cumplidos en todos los Estados miembros a lo largo de su carrera de seguro. Los períodos computables en la prorrata no siempre coinciden con los computados en la cuantía teórica, pues sólo se pueden tomar en consideración los períodos previos al hecho causante. Habiéndose confirmado el cómputo en su seno de las bonificaciones especiales sobre reducción de la edad mínima de jubilación en el Régimen del mar por la penosidad del trabajo. También se limitó la totalización de períodos foráneos al calcular la cuantía teórica española para evitar que los migrantes con carreras superiores a las exigidas para otorgar una pensión completa se vieran perjudicados llegado el momento de calcular la prorrata temporis (TS Sala General de 17-7-07, RJ 8302 Rec 3650/05; TS 6-11-07, RJ 9331 Rec 4239/05 y TS 23-10-07, JUR 38478 Rec 224/05). Con esta jurisprudencia se corrigieron ciertas disfunciones ciertamente criticables CARRASCOSA BERMEJO, D. “Cálculo de la pensión de jubilación española en el marco de la coordinación comunitaria: determinación de la “cuantía teórica” /en/ VV.AA (SANCHEZ RODAS NAVARRO, C. dirección) “Migrantes y Derecho: problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España” Laborum. Murcia. España. 2006. p. 95 a 120.. p.95-115. Un comentario del alcance de esta jurisprudencia en CARRASCOSA BERMEJO, D. “Viudedad y jubilación en el marco de la vigente norma de coordinación comunitaria y perspectivas en el Reglamento CE/883/2004” Revista Noticias de la Unión Europea. Nº 319/Agosto 2011. Ed. Wolters Kluwer Madrid. España.p. 25-38.p. 25-38

¹⁵ En ambos Anexos se incluyen normas de aplicación exclusiva en los distintos Estados al que van dirigidas; normas que forman parte del Reglamento y por tanto han de ser consensuados entre los Estados miembros pese a que no se exija ya la unanimidad (Tratado FUE art. 48). Teóricamente ambos Anexos tan sólo incluyen disposiciones especiales que se ajustan a las características peculiares de las legislaciones nacionales mencionadas a fin de facilitar la aplicación del propio Reglamento de coordinación. Sin embargo, en la práctica se encuentran disposiciones hechas a la medida de los intereses de las Administraciones nacionales cuya concordancia con la finalidad o incluso el tenor del articulado de los Reglamentos que desarrollan, resulta dificultosa cuando no imposible. Así ha sucedido con disposiciones de dicho Anexo destinadas a Alemania que contravienen la norma derivada y los artículos del acuerdo comunitario sobre libre circulación en los que esta se fundamenta (TJCE Habelt C-396/05, C-450/05, C-419/05). Disposiciones muchas de ellas que si fueran meras normas nacionales de Seguridad Social seguramente se considerarían discriminatorias por razón de la nacionalidad y contrarias al derecho a la libre circulación. Así se han calificado, por ejemplo, ciertas disposiciones nacionales holandesas que tenían precisamente " ... por objeto modificar el cálculo de la cuantía teórica en el sentido de una

resultan coincidentes con la normativa española aplicable para el cálculo de las pensiones de los trabajadores sedentarios y cuyo carácter tuitivo respecto de los migrantes resulta cuestionable.¹⁶ A pesar de ello estos Anexos fueron considerados conformes con el Derecho comunitario, de forma contundente desde 1998 con la sentencia Grajera,¹⁷ en cuyo marco se desoyó la invalidez defendida por el Tribunal Supremo, en su primera y última cuestión prejudicial sobre los Reglamentos de coordinación. Ambos anexos imponen dos reglas básicas que no han sido modificadas:

- 1ª.- Cómputo exclusivo de cotizaciones reales españolas.
- 2ª.- Ubicación del período de referencia en los años inmediatamente anteriores a la realización de la última de las cotizaciones españolas.

La primera regla supone un rechazo frontal de las tres soluciones tradicionales de integración de lagunas con bases ficticias cuya aplicación arrojaba resultados excesivamente diversos:¹⁸ las bases mínimas, utilizadas por las Gestoras españolas,¹⁹ las bases máximas²⁰ -las más generosas para los intereses de los migrantes-, y las bases medias, creadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.²¹

disminución en relación a la que resultaría de las disposiciones generales de la legislación nacional” ver el apartado 13 de la sentencia del TJCE de 23-9-82 sobre el Asunto Besem (274/81).

¹⁶ El Tribunal de Justicia ha señalado reiteradamente que las normas de coordinación no puede ahondar o incrementar las divergencias entre sistemas, ni imponer tratos ad-hoc diferenciados e innecesarios entre sistemas nacionales que se sumen a las diferencias consustanciales de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros. Ver en este sentido, por ejemplo, TJCE 31-5-01, Asunto Leclere Diaconescu 43/99, y mucho antes la paradigmática la sentencia sobre el asunto Pinna (TJCE de 15 - 1986 Asunto Pinna I (4 1/84), donde se declaró la nulidad del Rgto CEE/1408/71 art. 73.2 que exceptuaba la norma general establecida en el apartado primero respecto de Francia y que se consideró contenía una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad que atentaba contra la libre circulación de trabajadores

¹⁷ Ver la amplia bibliografía que se cita en un reciente comentario crítico de la sentencia Grajera, poniéndola en conexión con el asunto Salgado González y la vigente norma de coordinación en D. CARRASCOSA BERMEJO, “La base reguladora de la cuantía teórica de los trabajadores migrantes: el caso Grajera González”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 102/2013.

¹⁸ Según Bartolomé Rios Salmerón “Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez (nota de urgencia a la Sentencia del TJCE 12-9-1996 caso “Lafuente” *Actualidad Laboral* nº1/1997.p.13 y ss. “*las diferencias son sensibles: si el valor de las bases mínimas se hace equivaler al 100% el de las bases medias ascendería la 192’5% y el de las bases máximas al 285%. Demasiado para ser alternativas de una interpretación jurídica”*”.

¹⁹ La cobertura se realizaba con las bases mínimas de cotización correspondientes a la categoría que tenía el trabajador migrante en el período de referencia anterior al hecho causante. Esta técnica se consideró que discriminaba al migrante frente al sedentario, pues si el primero “... hubiera cumplido toda su carrera de seguro en España hubiese tenido con toda probabilidad, unas bases de cotización computables más altas” Aurelio Desdentado Bonete. “La Seguridad Social de los trabajadores migrantes de la Unión Europea en unificación de doctrina” *Noticias de la Unión Europea. (NUE)* Febrero 1998. p. 92. El rechazo expreso del Tribunal de Justicia a la integración de “lagunas comunitarias” con bases mínimas se recoge en el Apartado 38 de la sentencia Lafuente Nieto ver también, el apartado 26 de la sentencia Reichling de 9-8-94, C-406/93.

²⁰ El nombre se debe a que su aplicación solía conducir a la cobertura de la laguna con bases máximas, pues se tomaba como base de cotización las que hubiera realizado el trabajador migrante en España de haber recibido aquí sus salarios extranjeros generalmente generosos. Ver una aplicación aislada de esta doctrina TSJ Navarra 19-12-06, EDJ 400055 contraria no sólo a la jurisprudencia del TS y sino también a la del TJCE. Ver también defendiendo su pervivencia aunque reconozca su imposible aplicación en el marco del Anexo VI.D OJEDA AVILES, A. “El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia”. *Aranzadi Social*. Nº 112000. P.58.

²¹ Este sistema de integración de lagunas implantado en la Sentencia del TS 25-2-92, RJ1376, consistía en integrar la laguna calculando anualmente la media aritmética de las bases de cotización máxima y mínima españolas para un trabajador de la misma categoría profesional que la que desempeñaba el actor en el extranjero, debidamente actualizadas con los coeficientes del IPC aplicables. Después de la sentencia del Tribunal de Justicia sobre el Asunto Lafuente Nieto -y para hechos causantes previos a 1-6-2012- el TS se

La segunda regla de traslación del período de referencia supone la inaplicación de la normativa de cálculo común de la que se benefician los sedentarios, fue fundamentada por el Tribunal de Justicia de forma controvertida. Rechazándose la ubicación común del período de referencia en el momento previo al hecho causante por tratarse este de un “período durante el cuál el trabajador migrante no participó efectivamente en la financiación del Régimen de Seguridad Social nacional (español) y que, por otra parte, ya se tiene en cuenta con arreglo a la legislación de otro Estado miembro (en este caso Alemania) en el que trabajó el interesado.”²² Esta argumentación no resulta convincente, pues olvida que la cuantía teórica no está vinculada con la cotización efectiva en un determinado Estado miembro, es tan sólo una pensión ficticia calculada considerando la totalidad de la vida laboral del migrante y siempre al margen de las cotizaciones concretas realizadas a favor del Estado que las calcula. La contributividad y el reparto de la carga de la financiera entre Estados sólo pueden ser ponderados en el momento posterior de la prorrata temporis.²³

Ambas reglas de cálculo fijadas en los Anexos, refrendadas por el Tribunal Justicia y asumidas por la jurisprudencia nacional,²⁴ nunca resultaron operativas por las siguientes razones:

a) Sólo garantizan la inexistencia de una laguna completa de cotizaciones españolas en el período de referencia, pues siempre ha de haber alguna que marque su propia ubicación. Este sistema no garantiza que no haya lagunas parciales, ni que primen en el período de referencia las cotizaciones foráneas frente a las españolas. Tampoco daban una solución ad-hoc a las lagunas por cotización coetánea en otro Estado miembro por imperativo de los propios Reglamentos. Su aplicación permitió que se siguieran reconociendo cuantías teóricas anormalmente bajas en relación con las largas carreras de seguro de sus beneficiarios,²⁵ que acudían a la vía jurisdiccional que las revisaba al alza fomentándose la litigiosidad.²⁶ El recurso al principio de contributividad para

decantaría por la categoría por la que hubiera cotizado el beneficiario en España antes de la emigración (ver sentencia del TS 17-1-97, RJ 558). Esta solución basada en la equidad y carente de una cobertura legal concreta, fue cuestionada por su desconexión con la realidad salarial y cotizadora del trabajador migrante afectado por GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDA, C. “La cotización extranjera en la pensión de jubilación española.” Tribuna Social nº 95/1998. p.25. Abogando por la nulidad del Anexo y la utilización de las bases medias para completar las lagunas en el período de referencia nacional ver DESDENTADO DAROCA, E. “De nuevo sobre los problemas ...” op.cit. p.182.

²² Ver apartado 23 de la sentencia Grajera.

²³ Ver CARRASCOSA BERMEJO, D. “La determinación de la base reguladora de la pensión teórica y la Sentencia del Tribunal de Justicia comunitario sobre el Asunto Grajera Rodríguez”. Revista de Derecho Social. Nº 5. Enero/marzo 1999. Ed. Bomarzo. Albacete. España. p. 135.

²⁴ Desde la propia sentencia dictada por el TS en Sala general para resolver el asunto Grajera (TS 9-3-99, RJ 1999/2755). Con posterioridad ver también: TS de 20-1-00, RJ 2000/984 FJ 3º; TS de 30-5-00, Rec 2816/99 FJ 5º; TS de 11-10-01, RJ 2002/1501 FJ 5º y TS de 30-4-01, RJ 2001/5131 FJ 2º. Más recientemente ver TS 31-1-11, EDJ 11856 y TS 20-4-10, EDJ 84358.

²⁵ En el propio asunto Grajera el INSS en 1993 reconoció una cuantía o pensión teórica de 1.724 pesetas (10,36€) que no parece equivalente a la pensión ficticia que obtendría quien hubiese trabajado y cotizado en España durante casi 40 años. Ver también la sentencia del TS 17-7-07, RJ 8302 Rec 3650/05 donde se describe que el ISM reconoció a un trabajador del Régimen especial del mar, con una carrera de seguro de más de 35 años, una pensión teórica de 4,80 € (799 pesetas) y una prorrata temporis sobre esta cantidad del 14%; en suma, una pensión inferior a un euro, 0,67 céntimos (111,86 pesetas). No son casos aislados, ver también el descrito en sentencia del TS el 6-11-07, RJ 9331 Rec 4239/05 donde e nuevo el ISM a un trabajador con 41 años cotizados (vía totalización), se fijó una cuantía teórica de 462,73 € a la que tras la aplicación de una prorrata temporis del 11%, daba como resultado una pensión española de 50,83 €. Por otro lado, en la TS 23-10-07, JUR 38478 Rec 5224/05 un trabajador con 44 años totalizados el ISM le reconocería una cuantía teórica de 356,95 € a la que tras la aplicación de una prorrata temporis del 12%, daba como resultado una pensión española de 44,34 €.

²⁶ En el caso Grajera , 488 veces más elevada

justificar cuantías teóricas tan exiguas no convencía, pues los afectados siempre abonaron las cotizaciones exigidas por el sistema español que, no debe olvidarse, se financia a reparto; y la contributividad ya quedaba marcada en la prorrata temporis.

b) Por su parte, la traslación del período de referencia tampoco solucionaba el problema de las lagunas parciales, ni tampoco aclaraba si se debían integrar y, en su caso, cómo. Este problema se exagera con el incremento del número de años computables en el período de referencia, hasta 25 en 2022 superando en 10 la carencia exigida, lo que podía permitir el reconocimiento de exiguas cuantías teóricas españolas, más bajas cuanto menor fuera el tiempo de cotización en España.²⁷ Además dicha traslación del período de referencia puede arrojar resultados absurdos o paradójicos principalmente respecto de quienes emigraron a otros Estados miembros a una edad temprana, tras trabajar un breve período en España. En estos casos no es descartable que en parte del período de referencia de 25 años el migrante tuviera una edad inferior a la edad legal de trabajar o incluso no hubiera nacido. Además, la problemática resulta diáfana en el marco del RETA y el SEEH que siguen careciendo de un sistema de integración de lagunas tal y como se demostraría en el Asunto Salgado González.

IV. SOLUCIONES PREVIAS AL ANEXO XI DEL RGTO CE/883/2004

Muy sucintamente, la presencia incómoda de las lagunas parciales se intentó solventar con un éxito relativo a través de las siguientes soluciones previas al Anexo XI del Rgto CE/883/2004:

1.- Inaplicación de los Reglamentos de coordinación, relegados por la aplicación preferente de los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España con otros Estados miembros que, en algunos casos, se constituían en normas más favorables. Esta posibilidad, avalada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia²⁸ y fundada en el principio de intangibilidad de los derechos nacionales por aplicación de los Reglamentos. Considerándose que las pensiones más cuantiosas dimanantes de tales convenios son derechos nacionales de los que no pueden ser privados los migrantes en virtud de la normativa de coordinación que, por su naturaleza plenamente tuitiva, siempre debe sumar protección a los migrantes y nunca restar la ya conseguida autónomamente. La ventaja reside en que, en el marco de muchos de estos convenios:

²⁷ Así, por ejemplo, si un trabajador iniciase su vida laboral en España en 1997 trabajando hasta el 2000 y luego migrara a Francia el resto de su vida laboral, hasta 2035, momento en que se jubilara. Por un lado, la base reguladora de 25 años de su cuantía teórica comprendería desde su última cotización española en 2000 hasta 1975; por otro lado, tan sólo existirían cotizaciones reales españolas en un pequeño período comprendido entre 1997 y 2000. Aunque se actualizaran correctamente las pocas bases reales españolas existentes, las cuestiones se agolpan ¿cómo se computarían el resto de los años dónde no hay cotización alguna ni foránea ni nacional? ¿Se produciría la integración común de lagunas de acuerdo con la normativa vigente, esto es, se computarían las primeras 48 lagunas con las bases mínimas y el resto con el 50% de la base mínima de cotización? ¿Qué sucede cuando en el Régimen o sistema especial en el que se está realizando el cálculo no existe integración de lagunas? ¿Por qué se ha de penalizar el monto de la cuantía teórica de la pensión española por tener sólo 3 años cotizados en España cuando ese papel le correspondería indiscutiblemente a la prorrata temporis a la vista del escaso período de cotización completado en España?

²⁸ Así se estableció en la sentencia del TJCE 7-2-91 sobre el asunto Rönfeldt C-227/89; matizada desde un punto de vista temporal en la sentencia del TJCE 9-11-95, asunto Thévenon C-475/93. Pronunciamiento que fue reiterado en las siguientes sentencias: TJCE 9-11-00, asunto Thelen C-75/99 y TJCE 5-2-02, asunto Kaske C-227/99. Respecto del específico cálculo de las pensiones españolas ver el apartado 28 de la sentencia del TJCE 9-10-97 sobre el Asunto Naranjo Arjona C-31/96, 32796, y 33/96 y apartados 27 a 31 y TJCE 17-12-98, sobre el Asunto Grajera C-153/97. Jurisprudencia plenamente extrapolable al Convenio bilateral con Suiza (BOE 21-6-2002). Jurisprudencia asumida por la gestora española Criterio del INSS de 23-9-2010.

no se traslada el período de referencia y la laguna –en este caso completa o parcial- se integra con bases medias.

Resulta paradójico que se fie a arcaicos Convenios bilaterales la atribución de un contenido económico digno a las pensiones españolas reconocidas, vía totalización, a los migrantes. Además, esta solución tiende a desaparecer, pues se aplica sólo a los migrantes que hubieran generado una expectativa de derecho en el seno de tales Convenios bilaterales suscritos por España antes de la entrada en vigor de la norma de coordinación que en España se produjo el 1-1-1986.²⁹ Esta limitación temporal los hará inoperantes en breve, incluso si se admite que la expectativa de derecho tenga como fecha tope la adhesión posterior a la UE de los otros Estados miembros firmantes.³⁰ Por otro lado, hay que tener presente que las gestoras nacionales no aplican los convenios bilaterales de oficio y que ante los tribunales nacionales, aunque obviamente rija el principio “iura novit curia”, es preciso que el beneficiario alegue su infracción y asuma la carga de la prueba respecto de su carácter más tuitivo de los convenios debiendo concretar los efectos que se generan –respecto de los Reglamentos- la aplicación de su sistema de cálculo,³¹ lo que permite que su inaplicación no sea considerada cuestión nueva en el marco de un recurso extraordinario.³²

2.- En el marco de la aplicación de la norma de coordinación incluidas también las del Anexo VI del Rgto CE/1408/71 se declararon válidas las siguientes propuestas que mejoraron la actualización de las cotizaciones usadas para fijar el monto de la cuantía teórica:

a) La jurisprudencia nacional admitió la aplicación a las cotizaciones españolas computables “*los incrementos experimentados por el salario mínimo interprofesional hasta el momento del hecho causante*”.³³ Mecanismo muy relevante en relación a las cotizaciones muy antiguas o remotas que se consideró un sistema de actualización adecuado y equitativo. Este sistema no excluía la aplicación de otros criterios adicionales tales como la actualización de la propia pensión teórica aplicando la evolución del IPC desde el momento de su reconocimiento o la consideración como elemento actualizador del incremento medio de las bases de cotización.³⁴

²⁹ Así sucede con los relativos a Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Reino Unido que, en muchos casos han sido declarados por el propio Tribunal Supremo como más favorables a estos efectos. Ver respecto del Convenio Hispano-Alemán de 4-12-1973, por todas, TS 15-11-01, EDJ 47896; 30-9-03, EDJ 127781. Del Convenio Hispano-Holandés de 5-2-1974 (TS 9-10-01, EDJ 70916 y TS 18-7-08, EDJ 178558); Convenio Hispano-Francés de 31-10-1974 (TS 30-4-01, EDJ 16068; TS 20-4-10, EDJ 84358; 15-9-10, EDJ 219434); Convenio Hispano- Belga de 28-11-1956 (TS 30-9-99, Rec 4300/98); Convenio Hispano-Británico de 13-9-1974 (TS 20-4-10, EDJ 11856). Con la misma argumentación también se protegería a quien hubiera generado, antes de 1-6-2002, expectativas de derechos más generosas que las comunitarias en el marco del Convenio suscrito con Suiza; o, antes de 1-1-2004, en el marco del suscrito con Eslovaquia, la República Checa o Polonia; o incluso antes de 1-1-2007 en los Convenios bilaterales suscritos por España con Bulgaria o Rumania.

³⁰ Así podría afirmarse que habría que respetar las generadas antes del 1-1-1995 en el marco de los convenios suscritos por España con Austria y Finlandia, descartando el celebrado con Suecia el 4-2-1983 del que ya se señaló que no era más favorable que la norma Reglamentaria (TS 25-3-09, Rec 1144/08).

³¹ Así se debería acreditar las bases de cotización computables en la base reguladora de la cuantía teórica, concretando su cuantía y período, y señalando las consecuencias beneficiosas de su aplicación (LEC art. 217 y TSJ Galicia 14-5-08, AS 1276 Rec 1745/05).

³² Ver TS 30-4-01, RJ. 5131; criticando esa exigencia SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Laborum. Murcia. 2005. p.110.

³³ Ver fundamento jurídico 5º de la sentencia del TS unif doctrina 12-3-03, RJ 3642 y la de 3-6-03, RJ 4890. También se ha pronunciado en ese sentido el TSJ de la Comunitat Valenciana 10-1-06, AS 916 y el TSJ Castilla y León (Valladolid) de 3-10-07, AS 3160.

³⁴ Ver sentencia del TSJ Andalucía (Sevilla) 16-7-09, EDJ 238448.

b) Con menor éxito también se propuso la extrapolación de la doctrina vertida en la sentencia del TJCE de 24-9-98, C-132/96 sobre el asunto Stinco.³⁵ Entendiéndose que dicha sentencia podría avalar el incremento de la cuantía teórica, hasta un mínimo coincidente con el monto de la pensión de jubilación contributiva mínima existente, en este caso, en la legislación española en el momento del hecho causante. Considerando que la cuantía teórica tiene carácter ficticio y ajeno a la contributividad parece lógico que su monto, equivalente al que le correspondería al beneficiario si hubiera ejercido toda su actividad profesional en España, nunca podría ser inferior a la pensión de jubilación contributiva mínima vigente en el momento del reconocimiento. Sin embargo, el Tribunal de Justicia limitó su operatividad en un nuevo pronunciamiento supeditando la posibilidad de equiparar la cuantía teórica a la pensión mínima al cumplimiento de los requisitos a los que la legislación nacional de Seguridad Social, que estuviera realizando el cálculo, vinculase la aplicación del complemento por mínimos a sus propios nacionales sedentarios, por ejemplo, la no superación del límite de ingresos establecidos en la normativa nacional anualmente.³⁶ Esta matización restó gran operatividad a la doctrina Stinco, cuya aplicación no fue aceptada por la doctrina judicial sin valorar siquiera tal limitación.³⁷

3.- Finalmente, la legislación nacional española estableció desde el 11-1-2010 un monto mínimo de cuantía teórica prorrateada, de forma que no puede ser inferior al 50% de la cuantía de la propia pensión del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), fijada en cada momento. Este límite inicialmente sólo era operativo para el reconocimiento de la propia pensión SOVI reconocida vía totalización. Sin embargo, desde el 1-1-2011, expresamente se señaló que bien podría aplicarse a otras pensiones como las de jubilación, viudedad o incapacidad permanente contributiva, cuando cumplieran los requisitos para el reconocimiento de una pensión del SOVI y optaran por ella.³⁸ Esta mera posibilidad, es una muestra más de los montos ínfimos de las cuantías teóricas que las entidades gestoras españolas estaban reconociendo a favor de los beneficiarios de dichas pensiones contributivas.

V. INTEGRACIÓN DE LAGUNAS COMUNITARIAS EN EL ANEXO XI.2.a) DEL RGTO. CE/883/2004

A las pensiones de jubilación de los trabajadores migrantes cuyo hecho causante se produzca desde el 1-5-2010 se les aplica el continuista Capítulo V³⁹ del Título III del Rgto CE/883/2004 y su Anexo XI que en el punto 2.a) de la parte destinada a España contiene un novedoso sistema de integración de lagunas. El nuevo Anexo admite la posible existencia de lagunas parciales en el período de referencia –lo que es todo un avance- y establece un sistema de integración ad-hoc a favor exclusivamente de las que

³⁵ Ver en este sentido CARRASCOSA BERMEJO, D. *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: ley aplicable y vejez en el reglamento 1408/71* Consejo Económico y Social. Madrid España. 2004. p. 294.

³⁶ Sentencia del TJCE del 4-5-05, C-30/04 sobre el asunto Uriel Koschitzki

³⁷ TSJ Galicia 17-6-05, EDJ 123875.

³⁸ Ver Ley 2/2012 art.48 y previamente el artículo 45.3.2º de la Ley 39/2010 y artículo 6.1.4º del Real Decreto 1794/2010. Esta opción ya había sido apuntada por la doctrina GARCIA DE CORTAZAR Y NEBRED, C. “La cotización extranjera...” op. cit. p. 30

³⁹ En este capítulo se recoge, sin cambios, la esencia de lo difícilmente consensuado en el marco de los Reglamentos previos desde 1992 (Rgto CE/1248/1992) que modificó el capítulo de las pensiones del Reglamento CEE/1408/71. El cálculo “español” se sigue realizando sobre una base de cotización media, considerando únicamente los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación española, esto es, las bases reales ver Rgto CE/883/2004 art. 56.1.c)i) y Rgto CEE/1408/71 art.47.1.g).

denominaré “lagunas comunitarias”, esto es, las debidas a cotización coetánea en otro Estado miembro.⁴⁰ Solución que ya adelanto que no resulta del todo satisfactoria, aunque sin duda puede resultar, en ocasiones, más tuitiva que la práctica administrativa de aplicar el mero sistema de integración interno de integración de lagunas nacionales en los regímenes y sistemas que lo contemplan o, bases cero en el marco del RETA y el SEEH.

Como señalaba, el Anexo XI integra las lagunas exclusivamente “comunitarias” tomando en cuenta la base de cotización española que más se les aproxime en el tiempo, siempre teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo. Esta solución del Reglamento desplaza a la norma de integración de lagunas nacional que pudiera resultar aplicable y obliga a extrapolar la cotización real española más próxima, actualizada con el IPC.

La integración que el Anexo plantea resulta compleja, pues puede implicar la aplicación de inflación o deflación, pues hay que observar la evolución del IPC tanto hacia adelante como hacia atrás, siempre considerando la ubicación de la cotización española que se pretende extrapolar. Así, por **ejemplo**, si el migrante cotizó:

- .- en España de 1-1-2009 al 31-12-2010 y del 1-1-1995 a 31-12-2006;
- .- en Alemania de 1-1-2007 a 31-12-2008.

Su período de referencia se ubicaría en los 15 años anteriores a 31-2-2010, esto es, desde esa fecha a 1-1-1995. En este supuesto el migrante puede cubrir tal laguna comunitaria de cotización eligiendo libremente entre las dos siguientes opciones:

- 1) Las cotizaciones españolas realizadas hasta el 31-12- 2006 -aplicando inflación del IPC.
- 2) Con las realizadas desde el 1-1-2009 aplicando deflación del mismo índice.

El Anexo resulta aplicable a todos los migrantes cubiertos por las normas de coordinación, pues no se establece limitación alguna respecto de su ámbito subjetivo de aplicación, quedando incluidos todos los regímenes y sistemas especiales. Así, siguiendo el principio general de “*donde el legislador no distingue no le es dable hacerlo al interprete*” es posible afirmar que resulta plenamente aplicable a los trabajadores migrantes del RETA y el SEEH. Esta, en mi opinión, es la principal ventaja, pues la cobertura de las “lagunas comunitarias” de estos colectivos (hasta ahora computadas por valor cero por las gestoras) puede suponer un avance en la protección de su derecho a la libre circulación.

En sentido contrario la principal crítica que se puede realizar al Anexo es la complejidad de su aplicación y su cuestionable virtualidad, pues sólo integra las lagunas comunitarias ubicadas en el período de referencia de cálculo de la base reguladora, esto es, las que se producen necesariamente antes de la última cotización española⁴¹ y siempre con cotizaciones coetáneas en otro Estado miembro. Si las últimas cotizaciones españolas del migrante fuesen anteriores a las foráneas –por haber trabajado, por ejemplo, el final de su carrera en otro Estado miembro-, no habrá “laguna comunitaria” a cubrir, ya que la cotización foránea se ubicará siempre fuera del propio período de

⁴⁰ Anexo XI. España. 2.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.*”

⁴¹ Ver Fundamento Jurídico 6º del Auto del TSJ Galicia de 9-6-2011 del que es ponente el Magistrado José Fernando Lousada Arochena.

referencia. En estos casos, las lagunas que pueda haber en el período de referencia de los migrantes –incluso cuando sean trabajadores con una carrera de seguro prolongadísima- sólo se pueden considerar lagunas nacionales que penalizan la cuantía teórica de su pensión y, en definitiva, su ejercicio de la libre circulación. En efecto, con tal carrera de seguro completa en España nunca hubieran obtenido pensiones de tan baja cuantía. Este efecto negativo es el que se produce al aplicar hipotéticamente el Anexo XI al asunto Salgado González que versa sobre una trabajadora migrante por cuenta propia con derecho a una pensión de jubilación española en el RETA reconocida vía totalización computando las cotizaciones realizadas en Portugal, siempre en un momento posterior a la última cotización española. La artificial traslación del período de referencia a antes de la última cotización real española que el propio Anexo XI sigue imponiendo, impide la existencia de una laguna comunitaria que sí existiría en el “período de referencia nacional común” que, como es sabido, se ubica en los años previos al hecho causante. Aplicando la traslación, las cotizaciones reales españolas sólo cubren dos tercios del período de referencia y el tercio restante sólo podría considerarse una “laguna nacional”, computable con base cero, pues el RETA carece de un sistema de integración de lagunas interno. En suma, el Anexo XI no supera la prueba del nueve que el Asunto Salgado González supone, al ser incapaz de no penalizar a la migrante por el ejercicio de su derecho a la libre circulación.

Finalmente, conviene señalar el carácter artificioso de la diferenciación que el Anexo hace entre lagunas comunitarias y nacionales en la base reguladora de la pensión española que realiza el Anexo de cara a su integración.

Por un lado, es cierto que resulta indudable la necesaria integración en los propios Reglamentos de las que estoy denominando “lagunas comunitarias”, esto es, las debidas a la cotización coetánea en otro Estado miembro por imperativo de la propia norma de coordinación. En efecto, es el Título II de los Reglamentos de coordinación –sobre legislación aplicable- establece la afiliación-cotización exclusiva del migrante en el sistema de Seguridad Social del Estado dónde el migrante trabaja (*lex loci laboris*). El respeto a dichas normas de coordinación imperativas no puede nunca tener efectos perniciosos cuando ese mismo trabajador migrante reclama una prestación al amparo del Título III del Reglamento CE/883/2004. Así, en parte resulta correcta la cobertura del Anexo XI que en cierta manera asume, aunque muy tardíamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resolviendo el Asunto Lafuente Nieto que rechazó expresamente la cobertura de una laguna comunitaria con el sistema de integración nacional de bases mínimas. El Alto Tribunal consideraba que la equiparación del trabajador migrante con el trabajador nacional sedentario sin obligación de cotizar durante ese período era incompatible con el objetivo fundamentalmente tuitivo de la normativa de coordinación.⁴² Con mayor razón, también deberían estar proscritas el cómputo de bases cero en caso de lagunas comunitarias en los sistemas excluidos del sistema de integración, pues es donde más crudamente se observan los efectos negativos de la libre circulación en el monto de las pensiones del migrante.⁴³

⁴² Ver Apartado 38 de la sentencia Lafuente Nieto y el apartado 26 de la sentencia Reichling de 9-8-94, C-406/93.

⁴³ Resulta en este sentido interesante la sentencia del TS de 25-2-00, RJ 2000/2238 sobre el cómputo con base cero de las lagunas de una trabajadora migrante española que había estado integrada en España en el Régimen Especial de Empleados de hogar. El Tribunal con el objeto de no discriminarla por razón de la nacionalidad y en el derecho de la migrante a no ser perjudicada por haber ejercitado su derecho a la libre circulación, procede curiosamente a la integración de lagunas con el sistema nacional de bases mínimas entonces vigente para calcular la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente. En efecto, aunque inicialmente se calculó en el marco del entonces Régimen especial del empleados de hogar REEH, el Tribunal con base en la normativa interna (artículo 26.2.c) del Decreto 2346/1969) para

Sin embargo, ese tratamiento diverso con las que denominaré “lagunas nacionales” refiriéndome a las debidas a meros períodos de inactividad del migrante, no me convence. A priori, podría pensarse que estas lagunas ya no son un problema de Derecho comunitario y por lo tanto, podrían ser libremente cubiertas o no por la legislación nacional de Seguridad Social involucrada. Así, de hecho, el sistema español establece un sistema de integración de lagunas,⁴⁴ del que siguen al margen tanto el RETA, como el SEEH. No obstante, a mi modo de ver, también en este caso podría estar en juego la libre circulación. En realidad, tal trato diferenciado entre lagunas nacionales y comunitarias, sólo resulta defendible cuando el período de referencia se ubica de forma idéntica para nacionales sedentarios y migrantes; siendo incontestable cuando el período de referencia para el cálculo de la pensión abarca toda la vida laboral. En efecto, sólo en ese supuesto sí estarían plenamente equiparados migrantes y sedentarios. Sin embargo, este no es el caso del sistema español, dónde la ubicación del período de referencia es diferente para sedentarios y para migrantes, estando limitado actualmente –aunque incrementándose paulatinamente- en poco más de 15 años. En este contexto, la falta de integración de lagunas nacionales por falta de trabajo puede vulnerar la libre circulación, pues las consecuencias negativas de la misma no las sufriría de forma semejante un trabajador sedentario que hubiera desarrollado idéntica carrera de seguro en el sistema nacional sobre todo cuanto menos hubiera trabajado en España. Sobre esta cuestión, como se verá, incide en buena medida la sentencia Salgado González que se comenta a continuación.

VI. ADAPTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CÁLCULO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 21-2-13 SOBRE EL ASUNTO SALGADO GONZÁLEZ C-282/11)

La Sra. Salgado González cotizó en España en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) -del 1-2-1989 a 31-3-1999- por un total de 3.711 días, y en Portugal -del 1-3-2000 al 31-12-2005- por un total de 2.100 días. El INSS reconoció a su favor, al amparo de la norma de coordinación, totalizando los períodos portugueses, una pensión de jubilación contributiva española en el marco de dicho Régimen especial. El período de referencia se ubica entre el 1-4-1984 a 31-3-1999, esto es, en los 15 años inmediatamente anteriores a su última cotización real española. Entre el 1-4-1984 y el 31-1-1989 hay una laguna de cotización al no existir cotizaciones reales españolas. Al ser el hecho causante previo al 1-5-2010, para determinar su cuantía teórica no fue posible aplicar el Anexo XI del Rgto CE/883/2004 y su sistema de integración de lagunas;⁴⁵ tampoco había solicitado la revisión de su pensión a la luz de los nuevos

proceder a reconocerla en el marco del RGSS y a integrar las lagunas a la vista de que eran más cuantiosas las cotizaciones francesas realizadas en el marco del Régimen General que las efectuadas en España en el seno del REEH.

⁴⁴ El sistema español ofrece, desde 2013, un nuevo sistema de integración lagunas –menos generoso que el precedente- por el cual sólo las primeras 48 lagunas se completan con la base mínima existente en cada momento para trabajadores mayores de 18 años (antes todos). Las restantes posibles lagunas se cubren con el 50% de la base mínima de cotización (ver la modificación que en la LGSS propició la Ley 27/2011 art.3.1 y 4.3 y la Ley 3/2012 disp.final 20ª).

⁴⁵ “Ratione temporis” el Anexo XI no es aplicable a ese supuesto no sólo porque el hecho causante es previo al 1-5-2010, si no también porque la migrante no realizó solicitud alguna de revisión de su pensión a la luz de los nuevos Reglamentos. Ver apartado 27 de las mencionadas Conclusiones del Abogado General al asunto Salgado González, donde la imposible aplicación temporal del Anexo XI del Rgto CE/883/2004 a tal asunto impidió pronunciarse al Abogado General sobre la corrección de su aplicación analógica que, como otra posible opción interpretativa, planteaba el TSJ de Galicia.

Reglamentos.⁴⁶ Sin embargo, este extremo no es tan relevante desde el momento en que de haberse aplicado el Anexo XI, como ya se ha señalado, su sistema de integración de lagunas resulta inoperante en el caso de la Sra. Salgado. La laguna de su período de referencia era nacional –sin cotizaciones coetáneas en otro Estado miembro- y el Anexo sólo cubre lagunas comunitarias. El INSS de hecho, al tratarse del RETA, computó con valor cero dicha laguna que ocupaba casi un tercio de su base reguladora. A continuación, estas insuficientes bases de cotización reales españolas, pues no alcanzaban las 180 que debían componer el numerador, fueron divididas por el denominador de 210, siempre constante en la fórmula nacional.⁴⁷ Tras varios ajustes y reclamaciones, en vía administrativa, la base reguladora quedó fijada en 336,86 €/mensuales. Sobre ella se aplicó un coeficiente del 53%, en función del tiempo cotizado en España y Portugal, resultando una pensión o cuantía teórica de 178,53 € (muy por debajo de la pensión de jubilación mínima española). Sobre dicha pensión teórica, teniendo en cuenta la contributividad al sistema español, se aplicó una prorrata temporis española del 63,86 %, ascendiendo finalmente su pensión a 114,01 € (por debajo del 50% de la pensión SOVI). La Sra Salgado González impugno la resolución de la gestora sin éxito en la instancia, recurriendo en suplicación, siendo la Sala de lo Social del TSJ de Galicia quien planteó cuestión prejudicial centrada en las siguientes cuestiones:

1. No cuestiona, ni duda sobre los fundamentos de la fórmula de cálculo de la base reguladora impuesta en el Anexo reglamentario: traslación del período de referencia y cómputo exclusivo de bases de cotización españolas, sin poder computar las bases portuguesas.

2. Considera que el cálculo realizado por el INSS no es conforme ni con la libre circulación de los trabajadores (Tratado FUE art. 48), ni con la igualdad de trato entre sedentarios y migrantes que los Reglamentos de coordinación imponen, impidiendo que estos últimos sufran reducción del monto de sus prestaciones por razón de su migración. Tal vulneración del Derecho de la UE la explicita en los siguientes fundamentos: argumentos:

a) En primer lugar, en el hecho de que a los trabajadores migrantes se les aplique siempre el divisor de 210 aunque las cotizaciones reales españolas no sean 180, esto es, aunque sean inferiores a las bases que se han de computar en el período de referencia, entonces, 15 años cotizados. Esta circunstancia supone un trato de desigualdad de los migrantes en relación con los trabajadores sedentarios cotizantes en España. Aunque ambos tuvieran igual número de cotizaciones, el migrante siempre tendrá una base

⁴⁶ Existe una vía para aplicar la “nueva” norma de coordinación a las pensiones liquidadas con anterioridad a 1-5-2010 que podrían ser revisados a petición del beneficiario a la luz de su propia normativa (Rgto CE/883/2004 art. 87). Como se deriva de tal normativa los efectos económicos varían si tal petición de revisión se hubiera presentado antes del 1-5-2012 o después. En el primer, caso los derechos que surgieran del nuevo Reglamento serían adquiridos desde su entrada en vigor, esto es, desde el 1-5-2010. En efecto, no se puede aplicar a los interesados la legislación de los Estados miembros sobre caducidad o limitación de derechos (Rgto CE/883/2004 art. 87.6). Sin embargo, las peticiones posteriores a 1-5-2012 que afecten a derechos no afectados por la caducidad o por la prescripción pueden ser adquiridos a partir de la fecha de su petición, salvo que resulte más beneficioso lo dispuesto en la legislación de cualquier Estado miembro (Rgto CE/883/2004 art. 87.7). En este sentido, conviene recordar que en España el derecho a la pensión de jubilación es imprescriptible. Sin embargo, desde el 1-1-2007 los efectos económicos de una revisión sólo se retrotraen a los 3 meses previos a la solicitud (LGSS art.43-modif L 42/2006).

⁴⁷ El período de migración a Portugal quedó como laguna y al tratarse de una autónoma, no se cubrió con bases mínimas, como hubieran hecho la gestora en el marco del RGSS. Por ello, la base se le redujo de manera proporcional al tiempo transcurrido en Portugal en el marco del período de referencia, en torno a un tercio.

reguladora tanto más inferior cuanto menos tiempo hubiese cotizado en España, lo que no impide que además se le aplique a la pensión resultante la “prorrata temporis” que reduce aún más su monto.

b) Además, cuanto más cotice un trabajador migrante en otro Estado miembro de la UE, lógicamente menos tiempo tiene para cotizar en España en su período de referencia, en cuyo marco sólo se computan cotizaciones españolas reales. El sedentario cotizante en España, por su parte, dispone de toda su vida laboral para colmar el período de referencia de su pensión.

c) Apuntaba además el auto que este problema queda en manos del legislador nacional y que la intervención de este lo está acrecentando, pues las últimas reformas imponen un incremento paulatino del período de referencia. Como ya se ha señalado,⁴⁸ el numerador o dividendo queda siempre anclado en las cotizaciones reales españolas y el denominador o divisor aplicable se va a incrementar paulatinamente por el cambio legal. Motivo por el que no es difícil augurar un descenso importante del monto de las pensiones de los migrantes con escasos períodos de cotización españoles.

El Tribunal de Justicia, aceptando muchos de los argumentos del TSJ y del propio Abogado General,⁴⁹ concluyó lo siguiente:

1) El INSS no calculó correctamente la base de cotización media sobre cotizaciones reales españolas que le exigía la norma de coordinación. Siguiendo el sistema de cómputo nacional tomó en consideración para el cálculo períodos de seguro dónde no había cotizaciones españolas (los 5 años de laguna nacional). “Al contabilizar necesariamente con valor cero estos períodos, su cómputo produjo una reducción de la base media de la Sra. Salgado González”.

2) Admite el Tribunal de Justicia que tal reducción no se hubiera producido si la migrante “hubiera cotizado únicamente en España, sin ejercer su derecho a la libre circulación”. En suma, niega que su pensión se haya calculado “como si esta hubiera ejercido toda su actividad profesional exclusivamente en España”. Sobre este segundo punto, el Abogado General fue más allá y negó que la reducción de la cuantía teórica que la fórmula común nacional produce en los migrantes se pueda entender compensada por el hecho de que estos perciban otra pensión a prorrata, tal y como afirmaba la Administración española. Consideró que tal afirmación no sólo ignoraba las definiciones de cuantía teórica y prorrata temporis contenidas en los Reglamentos; sino que pasaba por alto la clara diferencia metodológica en el cálculo de la cuantía teórica y de la cuantía efectiva de la prestación prevista. Coincidió totalmente con su apreciación, pues no se puede trasladar la contributividad propia de la prorrata temporis a la determinación de la cuantía teórica, produciendo lo que la defensa de la migrante denomina de forma equívoca “doble prorrata” y que no sería más que una cuantía teórica intoxicada de contributividad y luego prorrata.

3) El Tribunal de Justicia, de acuerdo con el Abogado General⁵⁰ y con una de las propuestas interpretativas del propio TSJ de Galicia que había asumido éste, considera que tal vulneración de la libre circulación no se produciría si “la legislación nacional contemplara mecanismos de adaptación del 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. Concretamente, 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”. En suma, un procedimiento de

⁴⁸ Ver supra pág. 2

⁴⁹ Ver Conclusiones presentadas el 13-9-2012

⁵⁰ Ver apdo. 44 de sus Conclusiones.

cálculo de la cuantía teórica que computa en el numerador exclusivamente las bases reales españolas existentes en el período de referencia y mantiene un denominador fijo y al margen de las bases computadas en el numerador, es contrario al derecho fundamental a la libre circulación. Afirmación de la que se puede deducir, en sentido contrario, que el Tribunal de Justicia estimaría conforme al Derecho comunitario la adaptación del sistema de cálculo español y, en concreto, del divisor considerando las cuotas reales españolas computadas en el dividendo.

Aunque podría entenderse que la sentencia no ofrece sino pautas al legislador español para que busque una fórmula más equitativa, lo cierto es que la reinterpretación de la normativa nacional en el sentido expuesto sería una forma de salvaguardar su corrección frente al Derecho de la UE. Así lo entendió de hecho la Sala de lo Social del TSJ de Galicia que consideró que existía ese margen interpretativo y procedió a la adaptación del divisor en su sentencia de 15-3-13, Rec 3645/07 que resuelve el fondo del asunto. El TSJ considera que “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 euros, entre 115’5 –que son las pagas ordinarias y extraordinarias cotizadas durante 99 meses-”. Solución que supone una base reguladora de 621’17 euros que casi duplica la reconocida por el INSS.

Esta no fue la interpretación de los servicios jurídicos de la Gestora que restaron importancia al pronunciamiento considerando que:

a.- Versaba sobre los Reglamentos antiguos y se solventaría con la solicitud de revisión en el marco de los nuevos a la luz del Anexo XI.2.a) del Rgto CE/883/2004. Postura que parece desconocer los problemas de coberturas nacionales en el período de referencia no se solventan en el marco del Anexo XI que resulta inoperante en estos casos.

b.- La sentencia no ofrece una respuesta concreta sobre cómo se debe efectuar en estos casos el cálculo de la base reguladora, dejando al legislador la posibilidad de encontrar una fórmula más equitativa. Lo que sería tanto como permitir que en el ínterin se permitiera, sin más consecuencia, el incumplimiento del Derecho de la UE que no puede quedar impune y generaría una responsabilidad de la Administración que lo infringe.

En este contexto, a mi modo de ver, en el marco de los nuevos Reglamentos cada vez que resultara inoperante el Anexo XI, parecería aconsejable -como buena práctica- la adaptación del denominador con base en la doctrina Salgado expuesta. Permitiendo, a través de la adaptación del sistema de cálculo que propugna, una interpretación de la norma nacional de cálculo conforme al Derecho de la UE. En efecto, la adaptación del divisor de la base reguladora a las cotizaciones reales españolas satisfechas en el período de referencia, que propugna el Tribunal, elimina de raíz el problema de la laguna. La solución de esta sentencia merece una opinión positiva, por su utilidad y sencillez y porque resulta extrapolable a cualquier cálculo de cuantía teórica que de esta forma sería acorde con el derecho a la libre circulación de los migrantes. Además, el propio Abogado General consideró en sus conclusiones, aunque luego el Tribunal de Justicia entrase a valorar tal cuestión, que esta solución de adaptación del dividendo no parecía poner en peligro la sostenibilidad financiera del sistema nacional de pensiones español. Es cierto que en el caso concreto –a la luz del tiempo y cantidades cotizadas- no parece existir fraude alguno, sino tan sólo el ejercicio de la libre circulación en zonas fronterizas. Sin embargo, también lo es que los autónomos “bien informados” podrían darse de alta unos meses en España al final de su carrera por la base más alta que el RETA les permitiese siendo ése número de meses los que marcarían el cálculo de su

base reguladora y el denominador a aplicar a la misma.⁵¹ En todo caso, la existencia de un hipotético fraude, sin duda perseguible, no puede avalar que los derechos a pensiones contributivas de los trabajadores migrantes sigan sin tener cuantías justas.

VII. BUENAS PRÁCTICAS

Desde este trabajo se proponen las siguientes buenas prácticas a asumir por parte de las entidades gestoras:

- 1.- La aplicación del Anexo XI a todos los Regímenes y Sistemas especiales de nuestro sistema de Seguridad Social.
- 2.- La aplicación de la doctrina Salgado González ante la ineficacia o cobertura inferior que proporcione el Anexo XI en caso de presencia de lagunas parciales nacionales.
- 3.- Las gestoras deberían aplicar también de forma preferente y de oficio los convenios bilaterales más tuitivos para los intereses del migrante. Así como los sistemas de actualización de las bases de cotización expuestos en este trabajo, con base en la evolución del SMI e incluso la “triste” pensión mínima prorrateada equivalente al 50% del SOVI.

La evolución constante del procedimiento de cálculo exige una adecuación en paralelo de los criterios empleados por las gestoras nacionales. Estas deben proceder a revisar sus criterios, e incluso el monto de las pensiones calculadas erróneamente a la luz de las nuevas sentencias dictadas o de los cambios normativos -tanto nacionales como comunitarios- reflejados en este trabajo. Revisión que, por otro lado, nunca podrá dejar fuera a todos los beneficiarios cuyas pensiones quedaron fijadas por los tribunales en sentencias firmes denegatorias de sus pretensiones, al amparo de interpretaciones luego superadas. En efecto, no se puede hacer de peor derecho a quién reclamó en vía jurisdiccional que a quién se aquietó; debiendo prevalecer el derecho fundamental a la igualdad entre beneficiarios frente a los efectos de la cosa juzgada.⁵² Hasta que se produzca la incorporación o interiorización por los entes gestores de las pautas correctas para calcular las pensiones vía coordinación no se podrá calificar de buena noticia que estas normas comunitarias para el cálculo de las pensiones de jubilación y viudedad sean también las que se apliquen, en el marco de los “nuevos” Reglamentos, para determinar el monto de una pensión de incapacidad permanente por contingencias comunes.

⁵¹ En la vista celebrada el 24 de mayo de 2012, el INSS y la TGSS mencionaron la posibilidad que tiene el trabajador por cuenta propia de manipular el sistema español de la seguridad social ejercitando su derecho a la libre circulación. Ver Conclusiones del Abogado General apartado 45.

⁵² Ver sentencia del Tribunal Constitucional 307/2006