



Pilar Europeo de Derechos Sociales y Seguridad Social. Pensión de jubilación de trabajador español emigrante temporalmente en Suiza

EUROPEAN PILLAR OF SOCIAL RIGHTS AND SOCIAL SECURITY. RETIREMENT PENSION OF SPANISH WORKER TEMPORARILY MIGRATING TO SWITZERLAND

Francisco Jiménez Rojas

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

franciscojimenezrojas@yahoo.es  0000-0001-5800-7158

Recibido: 11.10.2021. Aceptado: 24.11.2021

RESUMEN

El Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS) recientemente proclamado por las instituciones comunitarias, constituye un catálogo de principios asentados en la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado laboral, condiciones de trabajo justas y protección e inclusión sociales. Dicho Pilar configura un ordenamiento “de mínimos” que no impide a los Estados miembros establecer normas sociales más ambiciosas. Sin embargo, a nivel comunitario el PEDS no implica una ampliación de las competencias y las tareas que a la Unión le otorgan los Tratados. Uno de los vectores más representativos de los derechos sociales viene siendo, desde hace al menos medio siglo, la coordinación de los sistemas de seguridad social, no sólo desde la propia órbita de la UE, sino también desde el entorno de otros países europeos que no forman parte de la Unión, como es el caso de Suiza, que analizaremos en este trabajo en relación con el cómputo de cotizaciones respecto de la pensión (contributiva) de vejez o jubilación.

ABSTRACT

The European Pillar of Social Rights (PEDS), recently proclaimed by the Community institutions, is a catalogue of principles based on equal opportunities and access to the labour market, fair working conditions and social protection and inclusion. This Pillar forms a ‘minimum’ system which does not prevent the Member States from establishing more ambitious social standards. At Community level, however, the PEDS does not imply an extension of the competences and tasks conferred on the Union by the Treaties. One of the most representative vectors of social rights has been, for at least half a century, the coordination of social security systems, not only from the EU’s own orbit, but also from the environment of other European countries that are not part of the Union, such as Switzerland, that we will analyze in this work in relation to the calculation of contributions with respect to the (contributory) pension of old age or retirement.

PALABRAS CLAVE

Pilar Europeo de Derechos Sociales
Coordinación de sistemas de Seguridad Social
Pensión de vejez
Cuestión prejudicial
Trabajador migrante

KEYWORDS

European Pillar of Social Rights
Coordination of Social Security systems
Old-age pension
Preliminary ruling
Migrant worker

SUMARIO

- I. APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL: PENSIONES Y PRESTACIONES DE VEJEZ
- II. SOBRE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE TRABAJADOR DE LA UNIÓN EUROPEA: ESPAÑOL MIGRANTE TEMPORALMENTE A SUIZA
 - A. Cotización en ambos países concernidos: en España y en Suiza
 - B. Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea (UE y sus Estados miembros) y el Estado suizo
 - C. Coordinación de regímenes y sistemas de seguridad social: Acuerdo ue-suiza y Reglamento comunitario 883/2004
- III. UN CASO REAL RELATIVAMENTE RECIENTE, SOBRE PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONFORME AL CONVENIO ESPECIAL EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA
 - A. El derecho en litigio
 - B. La normativa española de aplicación al supuesto
 - C. Los pronunciamientos judiciales al respecto
 1. *Planteamiento de las cuestiones prejudiciales: auto del tribunal superior de justicia de galicia de fecha 13 de octubre de 2016*
 2. *La sentencia del tribunal de justicia de la unión europea resolviendo dichas cuestiones prejudiciales: sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 28 de junio de 2018 (en el asunto C-2/17)*
 3. *Aplicación del derecho por parte del tribunal español: sentencia del tribunal superior de justicia de galicia de 12 de julio de 2018, ratificada por la del tribunal supremo de 29 de abril de 2021*
- IV. A MODO DE REFLEXIÓN O DE CONCLUSIONES
Bibliografía

I. APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL: PENSIONES Y PRESTACIONES DE VEJEZ

El texto del Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS)¹, proclamado solemnemente por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea (en noviembre de 2017), propugna una veintena de principios que giran en torno a la “igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo”, a las “condiciones de trabajo justas” y la “protección e inclusión social”², articulados en plena sintonía con

1. En el Preámbulo, punto 7, del PEDS se afirma que “El Parlamento Europeo hizo un llamamiento en favor de un pilar europeo de derechos sociales sólido a fin de reforzar los derechos sociales, ejercer un efecto positivo en la vida de las personas a corto y medio plazo y apoyar la construcción europea en el siglo XXI”. Y en su nota 1 a pie de página se remite a la “Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales [2016/2095(INI)]”.

2. Estos son los principios numerados que recoge el PEDS: CAPÍTULO I Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo: 1. Educación, formación y aprendizaje permanente; 2. Igualdad de género; 3. Igualdad de oportunidades; 4. Apoyo activo para el empleo. CAPÍTULO II Condiciones de trabajo justas: 5. Empleo seguro y adaptable; 6. Salarios; 7. Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido; 8. Diálogo social y participación de las personas trabajadoras; 9. Equilibrio entre vida social y vida privada; 10. Entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y protección de datos. CAPÍTULO III Protección e inclusión social: 11. Asistencia y apoyo a los niños y a las niñas; 12. Protección social; 13. Prestaciones por desempleo; 14. Renta mínima; 15. Pensiones y prestaciones de vejez; 16. Sanidad; 17. Inclusión de las personas con discapacidad; 18. Cuidados de larga duración; 19. Vivienda y asistencia para las personas sin hogar; 20. Acceso a los servicios esenciales.

determinados preceptos, principios y propósitos del ámbito internacional –que cita directamente o remite a ellos de manera diferida–, tales como el Tratado de la Unión Europea³ y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁴, la Carta de las Naciones Unidas⁵, la Carta Internacional de los Derechos del Hombre⁶, los derechos sociales fundamentales en alusión a los indicados en la Carta Social Europea⁷ y en la Carta comunitaria de los derechos sociales (fundamentales) de los trabajadores (CCDST)⁸ y el Convenio internacional del trabajo (OIT, número 102)⁹.

La referencia, o en su caso remisión, a tales principios¹⁰ viene a poner de manifiesto la intencionalidad, ciertamente ambiciosa, del documento declarativo, lo que no obsta para que deban tenerse en cuenta varios aspectos que matizan el alcance jurídico de la Declaración: 1) Que el PEDS no impide a los Estados miembros o sus interlocutores sociales establecer “normas sociales más ambiciosas” o de mayor intensidad de lo que prevé la declaración¹¹; 2) Que el PEDS se tiene que aplicar –a nivel de la Unión y de sus Estados miembros– considerando los diferentes entornos socioeconómicos, los diversos sistemas nacionales, “en particular el papel de los interlocutores sociales, y de conformidad con los principios de subsidiariedad^[12] y proporcionalidad”¹³; 3) Que el catálogo de derechos que contempla dicho Pilar no supone una ampliación de las competencias y las tareas de la UE, que le han sido conferidas por sus Tratados¹⁴; 4) Y por último, que el PEDS no incide sobre los Estados miembros a la hora de “definir

3. TUE, Maastricht 7 de febrero de 1992, artículo 3 (versión consolidada 30 de marzo de 2010, Diario Oficial de la Unión Europea C 83/15).

4. TFUE, Roma 25 de marzo de 1957 (versión consolidada 30 de marzo de 2010, Diario Oficial de la Unión Europea C 83/47), artículos 9, 151, 152 y en general arts. 151-161 relativos a la Política Social.

5. Firmada el 26 de junio de 1945 (en San Francisco) y en vigor desde el 24 de octubre de ese año. Se considera un Tratado Internacional vinculante para los Estados miembros de la ONU. En sus arts. 1 y 2 se habla de los propósitos y los principios de las Naciones Unidas.

6. Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948. En su artículo 22 establece que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social...”.

7. CSE, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961. Consejo de Europa (Estrasburgo). Respecto de España, Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, texto consolidado publicado en el BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980; entró en vigor para España el 5 de junio de 1980.

8. CCDST firmada en Estrasburgo por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Comunidad Europea el 9 de diciembre de 1989, artículos 10, 24 y 25.

9. Se trata del Convenio de la OIT nº 102 relativo a la Norma Mínima de Seguridad Social, adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1952, ratificado por España a través de Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 240 de 6 de octubre de 1988, entrada en vigor en España el 29 de junio de 1989.

10. Sobre el proceso de aprobación, los contenidos, principios y derechos, la naturaleza jurídica y la implementación del PEDS, en cuanto nuevo marco de referencia de la Europa Social, véase Ramos Antón, F.: *El Pilar Europeo de Derechos Sociales. La última oportunidad para la Europa Social*, Fundación Alternativas, Madrid, 2018, pp. 21-27.

11. Preámbulo, punto 16, del PEDS.

12. Como advierte Monereo Pérez, J. L.: “Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad Social”, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 8, núm. 2, 2018, pp. 286-287, “No sería imposible apostar por una regulación armonizadora de mínimos (...) el Pilar Europeo de Derechos Sociales no parece que sea un instrumento suficiente (...). La idea de avanzar en esa dirección armonizadora (...) se trata de una regulación de mínimos que respetaría las culturas jurídicas de Seguridad Social de los Países miembros y el principio de subsidiariedad, de manera que los Estados miembros podrían hacer valer sus estándares más favorables en materia de prestaciones de Seguridad Social y de protección social”.

13. Preámbulo, punto 17, del PEDS.

14. Preámbulo, punto 18, del PEDS.

los principios fundamentales de sus sistemas de seguridad social y de gestionar sus finanzas públicas y no debe afectar de modo sensible a su equilibrio financiero”¹⁵.

Dicho lo cual, el contenido material de los derechos que alberga el Pilar europeo sugiere –en apretada síntesis– cuestiones de variada índole, tales como las que seguidamente se exponen.

En el ámbito político, la UE afirma defender los valores de la paz y el bienestar de sus pueblos. Ofrece espacios de libertad, justicia y seguridad, control de fronteras y lucha contra la delincuencia. Garantiza la “libre circulación” de las personas en su territorio y trabaja para mejorar la calidad del medio ambiente. Procura en definitiva, el “respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos”¹⁶.

En el terreno que es propio de la economía social, pretende establecer (o perfeccionar) un “mercado interior” que favorezca el desarrollo sostenible y el crecimiento equilibrado en pro de la estabilidad de precios, dando así impulso a una economía “social de mercado altamente competitiva” que estimule el pleno empleo (duradero), toda vez que dicha competitividad –afirma– fortalece el mercado interior e impulsa la equiparación “por la vía del progreso” hacia el diálogo social y el desarrollo de los recursos humanos, lo que terminará favoreciendo las condiciones de vida y de trabajo, la lucha contra las exclusiones y la armonización de los sistemas sociales de los países que la componen.

No pierde la ocasión de recordar el PEDS, reafirmando algunos de los derechos del acervo de la UE y añadiendo otros, que buena parte de los desafíos sociolaborales que ha de enfrentar Europa provienen de “un crecimiento relativamente modesto”, asentado en una participación laboral (en términos de empleo) y una productividad poco aprovechados, por cuanto el “progreso económico y social están estrechamente interrelacionados”, y la mejora de la competitividad viene ligada a la inversión, la creación de puestos de trabajo y el fomento de la cohesión social. Ello es tanto como sostener –así lo hace el PEDS– que “el buen y justo funcionamiento de los mercados laborales y de los sistemas de bienestar de la Europa del siglo XXI”, son dos elementos de la mayor importancia, y ambos se hallan inescindiblemente conectados¹⁷.

15. Preámbulo, punto 19, del PEDS.

16. Un alegato en favor de la conciliación entre los derechos sociales (de acceso universal) y los derechos económicos, considerando a nivel europeo los derechos de libertad e igualdad, solidaridad y redistribución, como complementarios y no antagónicos, en Gardini, G.: “Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma. Nueva Época*, núm. 9, 2018, pp. 96-98.

17. Acerca de las vicisitudes que rodearon al PEDS, los orígenes, sus primeros pasos efectivos, la justificación de su elaboración, la naturaleza jurídica, las aportaciones y propuestas de la doctrina laboralista española, las de la OIT, del Comité de las Regiones, del Consejo de Europa..., y, por supuesto de su contenido, véase Rojo Torrecilla, E.: “A construción do pilar europeo de dereitos sociais. Da proposta Juncker (9.9.2015) á recomendación da Comisión Europea (26.4.2017). Máis Europa social ou reordenación do marco normativo vixente?”, *Revista Galega de Dereito Social - 2ª Etapa*, núm. 3, 2017. Una crítica a la deriva que está tomando la política comunitaria europea (en cuanto a derechos sociales y laborales) y al TJUE en algunas de sus sentencias, en la recapitulación final del artículo, p. 73-74.

Digamos entonces, a juzgar por su declaración de principios, que la UE tiene el propósito de orientarse hacia la lucha contra la discriminación y la exclusión social¹⁸, al tiempo que procura –entre otros aspectos que aquí no viene al caso mencionar– la “justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones”, la “cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros”¹⁹.

Pues bien, hecha esa sumarisima referencia al contenido genérico de los derechos que se alojan en el PEDS, en el recorrido hacia los aspectos más directamente conectados con la materia de seguridad social, advertimos por lo pronto que es un objetivo político reconocido de la UE (que trae causa de la Carta Social Europea –CSE– suscrita en el Consejo de Europa), que los trabajadores –toda persona con empleo, al margen de su modalidad y duración, y de su situación laboral–, así como las personas que estén a su cargo, “tienen derecho a la seguridad social”; y las personas que carezcan de suficientes recursos lo tienen a la “asistencia social y médica”. También tienen derecho, en este caso todas las personas “a beneficiarse de servicios de bienestar social”, así como, quienes padezcan invalidez –de cualquier naturaleza y origen–, “derecho a la formación profesional y a la readaptación profesional y social”²⁰.

Mas, para garantizar de manera efectiva el ejercicio del derecho a la seguridad social en unos niveles mínimos satisfactorios²¹, se predica la adopción de medidas encaminadas a conseguir, mediante la conclusión de acuerdos bilaterales o multilaterales, la “igualdad de trato” entre los ciudadanos nacionales de cada parte (contratante) respecto de las demás (partes contratantes del acuerdo)²², así como “la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados” con arreglo a la legislación de cada una de las partes contratantes²³.

De otro lado, el derecho a la protección social adecuada –en niveles de prestación suficientes, si bien conforme a las modalidades propias de cada país–, que se reconoce a “todo” trabajador, se extiende hasta alcanzar a las personas “excluidas del mercado de trabajo” (por falta de acceso o de reinserción en el mismo), de una forma adaptada a su situación personal, siempre que no dispongan de medios de subsistencia.

Y desde luego, respecto de las personas de avanzada edad –también con arreglo a las modalidades de cada país–, alcanzada que haya sido la jubilación, “todo trabajador

18. En ese sentido, véase un análisis crítico, sobre la inclusión de las personas con discapacidad en el PEDS, en Romero Gallardo, A.: “La discapacidad y el nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales”, *Siglo Cero. Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 49, núm. 2, 2018, pp. 110-111.

19. Acerca de los indicadores sociales que acompañan al PEDS, véase Eurofound: ¿Una Europa más igualitaria? La convergencia y el pilar europeo de derechos sociales, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019. Enlace <http://eurofound.link/ef19050>, fecha de consulta 20/11/2021. Un cuadro resumen de las tendencias de convergencia (indicadores, resultados y tendencia en el periodo 2008-2018) en la p. 16.

20. CSE, Parte I, principios 12 a 15, inclusive.

21. Al menos al nivel del Convenio núm. 102 de la OIT, que antes se dijo.

22. Lo que no impide “la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las Partes Contratantes”.

23. CSE, artículo 12.

de la Comunidad Europea debe poder disfrutar de recursos que le garanticen un nivel de vida digno”, y si no tuviere derecho a pensión ni medios de subsistencia, entonces facilitarle recursos suficientes y “asistencia social y médica adaptadas a sus necesidades específicas”²⁴.

Por otra parte, la UE “reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como (...) la vejez²⁵, así como (...) toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales (...)”, y a una ayuda social (así como de vivienda), para combatir la exclusión social y la pobreza, garantizando de ese modo una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes (conforme a las modalidades establecidas por la UE y por las legislaciones y prácticas nacionales)²⁶.

Finalmente, el TFUE en materia de política social (arts. 151-161), establece que la Unión, en la consecución de su objetivo –común con el de los Estados miembros– de mejora del empleo duradero, de las condiciones de vida y de lucha contra las exclusiones, “apoyará y completará la acción de los Estados miembros”, entre otros en los ámbitos de seguridad social y protección social de los trabajadores; y modernización de los sistemas de protección social²⁷. Asimismo, la Comisión europea “fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones” en el ámbito de la política social, particularmente en las materias relacionadas con la seguridad social²⁸.

II. SOBRE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE TRABAJADOR DE LA UNIÓN EUROPEA: ESPAÑOL MIGRANTE TEMPORALMENTE A SUIZA

A. Cotización en ambos países concernidos: en España y en Suiza

Según ha quedado dicho, desde luego la “libre circulación” de las personas dentro del territorio comunitario viene garantizado por la UE, y también lo están la igualdad de

24. Véase la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores (Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989), artículos 10, 24 y 25.

25. Artículo 34 sobre seguridad social y ayuda social, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), proclamada en el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000.

26. CDFUE, proclamada en el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000, sobre la que se afirma en el PEDS (Preámbulo, punto 5) que “protege y promueve una serie de principios fundamentales que son esenciales para el modelo social europeo. Las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”.

27. Si bien “las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo [153] (...) no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste, [ni] impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados», así como tampoco «se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal”. Véase TFUE, artículos 151 y 153.

28. TFUE, artículo 156.

trato y la lucha contra la discriminación, en pro de la cohesión (económica, social y territorial) y la solidaridad entre los Estados miembros. Y en materia de protección social, todos los trabajadores tienen derecho a una seguridad social de niveles mínimos satisfactorios, y a una igualdad de trato en cuanto ciudadanos nacionales de algún Estado miembro de la UE, cuando ésta sea parte contratante de un acuerdo (bilateral o multilateral) con otro Estado ajeno a la UE.

Tienen derecho asimismo los trabajadores de ese ámbito territorial a que se extienda el acuerdo, a la acumulación de las cotizaciones a la seguridad social (con arreglo a la legislación de cada una de las partes contratantes), y las personas de mayor edad a una pensión de jubilación que les permita una vida digna. En definitiva, la UE debe apoyar y completar la acción de los Estados miembros en el ámbito de la seguridad social de los trabajadores.

En el caso concreto que nos ocupa, trabajador español emigrante a Suiza, que a su regreso –tras suscribir convenio especial al efecto con la seguridad social española– solicitó pensión de jubilación contributiva, no conforme con el cálculo de su pensión que le fuera efectuado por el organismo competente –Instituto Nacional de la Seguridad Social, en adelante INSS–, recurrió en vía judicial solicitando por varias razones una base reguladora de la pensión de cuantía superior²⁹.

En estos términos se recoge en hechos probados de la sentencia de instancia sometida en suplicación al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) competente.

El INSS, tras las rectificaciones oportunas, concedió al demandante una “pensión de jubilación del régimen general con arreglo a las siguientes bases”: base reguladora mensual de 639’26 €; porcentaje aplicable 100 %; pensión teórica 639’26 €/mes; días cotizados en España 4.541; días cotizados en Suiza el resto hasta el límite de 12.958 (8.614 días, en el periodo desde el 1 de mayo de 1984 hasta el 30 de noviembre de 2007); porcentaje *pro rata temporis* 35%; pensión mensual 224’56 €/mes; fecha inicial de efectos 1 de enero de 2014. La base reguladora de la prestación pretendida por el pensionista, con arreglo al periodo de cálculo entonces solicitado y las “bases medias de cotización durante ese periodo”, ascendía a 1.959’60 €/mes³⁰.

De manera que sus cotizaciones reales fueron éstas:

1. En España durante dos periodos, el primero de ellos entre agosto de 1965 y junio de 1980, aunque “no en todos los meses existen datos de las bases de cotización; la última cotización acreditada correspondiente a un mes íntegro es la referida a Junio de 1978 (...) siendo además una cotización bastante representativa pues bases de cotización aproximadamente iguales las ha tenido el trabajador demandante a lo menos desde noviembre de 1976

29. ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico Primero, párrafo 6º. Interesó “la aplicación del Convenio Hispano-Suizo de Seguridad Social (...) las bases medias de cotización españolas, entendiendo por tales el promedio entre la base máxima y la base mínima de cotización en cada momento vigente”.

30. ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Antecedente de Hecho Segundo.

ininterrumpidamente hasta junio de 1978”, conforme a los datos del propio ente gestor de las prestaciones (INSS).

2. En Suiza, a la Seguridad Social de aquel país, desde mayo de 1984 hasta noviembre de 2007.
3. Y de nuevo en España –segundo periodo–, una vez retornado de Suiza, donde suscribió el 1 de diciembre de 2007 convenio especial para los emigrantes españoles (e hijos de éstos) que trabajen en el extranjero, habiendo cotizado aquí, ininterrumpidamente, desde aquel día hasta el 1 de enero de 2014³¹.

B. Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la comunidad europea (UE y sus estados miembros) y el estado suizo

El Acuerdo de referencia³² contempla como objetivo en favor de los nacionales de los Estados miembros de la que actualmente es la UE (en su momento Comunidad Europea) y de Suiza, tanto conceder el derecho a la entrada, la residencia y el acceso a una actividad económica por cuenta ajena, cuanto al establecimiento como trabajador autónomo, así como el derecho a residir en el territorio de las partes contratantes del mismo. Igualmente, “facilitar la prestación de servicios en el territorio de las partes contratantes, y (...) conceder las mismas condiciones de vida, de empleo y de trabajo que las concedidas a los nacionales”, en particular la remuneración y el despido (y la rehabilitación profesional o el «reempleo», en el caso de estar desempleado). Dispone asimismo que los (ciudadanos) nacionales de una de las partes suscriptoras que residan legalmente en el territorio de la otra, no podrán ser objeto de discriminación alguna basada en la nacionalidad³³. Quien sea trabajador por cuenta ajena, disfrutará “las mismas ventajas fiscales y sociales que los trabajadores por cuenta ajena nacionales”.

Con respecto a la coordinación de los sistemas de seguridad social, materia que ocupa nuestro principal interés, ambas partes (UE y Suiza) han de garantizar –en particular, entre otras– la “igualdad de trato [y] la acumulación, para la apertura y el mantenimiento del derecho a las prestaciones, así como para el cálculo de éstas, de todos los períodos tenidos en cuenta por las distintas legislaciones nacionales”³⁴.

C. Coordinación de regímenes y sistemas de Seguridad Social: acuerdo UE-Suiza y reglamento comunitario 883/2004

Siendo así, las partes contratantes acordaron “aplicar entre ellas” en este ámbito determinados “actos jurídicos de la Unión Europea a los que se hace referencia o se

31. ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico Primero.

32. Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, DO L 114 de 30.4.2002, p. 6 (en adelante Acuerdo).

33. Conforme a los artículos 1, 2, 9 y Anexos I, II y III del Acuerdo.

34. Véase el artículo 8 del Acuerdo.

modifican” de la forma prevista en el Acuerdo, entendiendo que “el término “Estado(s) miembro(s)” que figura” en tales actos jurídicos “incluye a Suiza, además de a los Estados cubiertos por los actos jurídicos pertinentes de la Unión Europea”³⁵. Y entre tales actos jurídicos referenciados se incluye el Reglamento Comunitario nº 883/2004 cuyo análisis abordaremos seguidamente³⁶.

Entrando en materia de prestaciones de seguridad social, y en lo que concierne a las pensiones de vejez³⁷, a la hora de abonar la pensión de jubilación, la institución competente del Estado de que se trate (en este caso España), “calculará el importe de la prestación potencialmente adeudada”:

- a) Conforme a la legislación que aplique, sólo si se cumplen todos y cada uno de los requisitos para lucrar la prestación “exclusivamente con arreglo a la legislación nacional” (se tratará entonces de una prestación exclusivamente nacional);
- b) O, en otro caso, “calculando un importe teórico y posteriormente un importe real (prestación prorrateada), de la siguiente manera:
 - i. el importe teórico de la prestación será igual a la prestación que el interesado habría causado en el supuesto de que todos los períodos de seguro (...) cumplidos de acuerdo con las legislaciones de los demás Estados miembros se hubieran cumplido de acuerdo con la legislación que dicha institución aplique en la fecha en que se liquide la prestación. En caso de que, con arreglo a dicha legislación, el importe no dependa de la duración de los períodos cumplidos, se considerará que dicho importe constituye el importe teórico;
 - ii. la institución competente establecerá a continuación el importe real de la prestación prorrateada, aplicando al importe teórico la proporción entre la duración de los períodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con la legislación que la institución aplique y la duración total de los períodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados”³⁸.

35. Art. 1 del anexo II del Acuerdo, según quedó modificado por el anexo de la Decisión nº 1/2012 del Comité Mixto establecido en virtud de dicho Acuerdo, de 31 de marzo de 2012 (DO 2012, L 103, p. 51).

36. Anexo II, sección A, del Acuerdo. Entre los actos jurídicos que aparecen se hace referencia al Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166 de 30.4.2004, p. 1).

37. Según afirma Gardini, G.: “Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano”, ob. cit., p. 94, “En general, en todos los países de la Unión Europea el capítulo más importante del gasto está relacionado con la vejez (*old age*), es decir, con los planes de pensiones: en 2011 representó aproximadamente el 40 por ciento del gasto para la Protección Social de la UE-28 y en 2013 representó el 10,4 por ciento del PIB europeo, pasando del 15.5 en Grecia al 7.3 por ciento en Irlanda. Este dato evidencia el problema del envejecimiento progresivo de la población europea, ligado al descenso de la natalidad y al aumento de la longevidad, lo cual conlleva la correspondiente disminución de las personas en edad de trabajar”.

38. Reglamento (CE) nº 883/2004, artículo 52.1, letras a) y b).

Mas, para el cálculo de estos importes –el teórico y el prorrateado– el Reglamento comunitario establece que “si la legislación de un Estado miembro prevé que el cálculo de las prestaciones se base en (...) bases de cotización” –sean, por ejemplo, promedios de un periodo–, la institución competente debe determinar “la base de cálculo de las prestaciones únicamente en virtud de los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique”, y utilizará para determinar el importe “que haya de calcularse en concepto de los períodos de seguro (...) cumplidos con arreglo a la legislación de los otros Estados miembros, los mismos elementos determinados o acreditados para los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique”, conforme a los procedimientos establecidos (en el anexo XI del citado Reglamento) para el Estado miembro de que se trate³⁹ –en este caso España–; y en ese sentido el objeto de tal Anexo, bajo la rúbrica “Disposiciones especiales para la aplicación de la legislación de los Estados miembros”, es facilitar la aplicación de las normas de coordinación de los sistemas de seguridad social, para lo cual tiene en cuenta las singularidades de los diversos sistemas de los Estados miembros⁴⁰.

En el citado anexo XI, por lo que se refiere a España⁴¹, se dispone al respecto de lo que aquí se analiza, lo siguiente: a) “...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 (...) 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” (IPC); b) La pensión se verá incrementada en su cuantía, conforme a las revalorizaciones que experimenten cada año posterior las pensiones de la misma naturaleza.

Esta fórmula, cuya completa lectura e interpretación resulta ciertamente compleja, se puede simplificar –al menos en este caso, como más adelante en el lugar oportuno se verá– mutándola por la expresión comúnmente utilizada por la doctrina científica y judicial *pro rata temporis*, que viene a quedar fijada por el cociente (la ratio) entre los días cotizados al sistema de seguridad social en cada país y el número total de días cotizados al conjunto de todos los países de que se trate en cada caso.

39. Reglamento (CE) nº 883/2004, artículo 56.1, letra c).

40. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartado 12. Se alude en el mismo al “considerando 3 del Reglamento nº 988/2009 que varios Estados miembros solicitaron que se incluyeran en este anexo textos relativos a la aplicación de su normativa de seguridad social y facilitaron a la Comisión Europea explicaciones jurídicas y prácticas sobre sus normativas y sistemas”.

41. Anexo XI del Reglamento nº 883/2004, rúbrica «España», apartado 2 (letras a y b) y STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartado 13.

III. UN CASO REAL RELATIVAMENTE RECIENTE, SOBRE PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONFORME AL CONVENIO ESPECIAL EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA

A. El derecho en litigio

Las partes en conflicto, un trabajador español emigrante a Suiza –donde trabajó y cotizó la mayor parte del tiempo de su vida laboral–, que accede en España a la pensión de jubilación, frente al Ente Gestor de prestaciones (contributivas) de la seguridad social (INSS) y al Servicio Común Tesorería General de la Seguridad Social (en lo sucesivo TGSS), discrepan en la forma de cálculo y la cuantía de la pensión de jubilación. La crónica judicial da cuenta del siguiente relato de hechos (que tiene por probados):

El trabajador “ha cotizado a la Seguridad Social de España durante varios periodos”, ya vimos, entre agosto de 1965 y junio de 1980. No hay datos sobre la base de cotización de todos y cada uno de los meses, pero las que aparecen son –para el órgano judicial– bastante representativas, conforme a los datos ofrecidos por el propio INSS. Y desde mayo de 1984 hasta noviembre de 2007 ha cotizado a la Seguridad Social Suiza.

De vuelta a España, suscribió el 1 de diciembre de 2007 convenio especial con la Seguridad Social española en la modalidad prevista para los emigrantes españoles que trabajen en el extranjero, y cotizó en tal convenio hasta el primero de enero de 2014, por las bases de cotización siguientes: en 2007 por 665'70 €/mes; en 2008 por 699'90; en 2009 por 728'10; en 2010 por 738'90; en 2011 por 748'20; en 2012 por 748'20; y en 2013 por 753'00 €/mes.

La base reguladora de la pensión de jubilación reconocida fue de 639'26 €/mes, calculada conforme al periodo de cotización desde el 1 de enero de 1998 al 30 de diciembre de 2013 (16 años completos), dentro del cual, las bases mensuales por las que cotizó al convenio especial –entre el 1 de diciembre de 2007 y el 31 de diciembre de 2013 (ambos inclusive)–, fueron las mínimas vigentes en cada momento (año)⁴².

B. La normativa española de aplicación al supuesto

Siguiendo la estela del Acuerdo de libre circulación de personas, UE-Suiza⁴³, y del ordenamiento europeo en la materia (TFUE y Reglamento comunitario nº 883/2004)⁴⁴,

42. Véanse al respecto, ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico Primero, y STJUE (Sala Décima) de 28/06/2018, asunto C-2/17, apartados 22 a 27, ambos inclusive. No hacemos referencia a la discusión –planteada y resuelta en el pleito – sobre las bases medias de cotización conforme al Convenio Hispano-Suizo de Seguridad Social, por cuanto no es materia objeto de análisis en esta comunicación. En cualquier caso, ambas pretensiones fueron rechazadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su momento, y lo han sido después por la Sala Social del Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 29 de abril de 2021 (núm. de recurso 3931/2018), FD cuarto.5.

43. Artículos 1, letras a) y d); 2; 8; Anexo I (art. 9, apartados 1 y 2), Anexo II (art. 1 y Sección A), del que hemos identificado como Acuerdo.

44. Artículo 45.1 del TFUE y Reglamento (CE) nº 883/2004, arts. 52.1; 56.1, letra c); Anexo XI, rúbrica “España”, apartado 2.

y analizados que han sido los preceptos a los que la legislación de los Estados miembros –entre ellos España– se han de sujetar, procede traer al escenario la regulación española en la materia que resulta de aplicación al caso⁴⁵.

En nuestro ordenamiento interno, para calcular la base reguladora de la pensión de jubilación contributiva, la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) articula transitoriamente un instrumento “gradual” entre el primer día de enero de 2013 y hasta el último de diciembre de 2021, día anterior a la fecha (de 1 de enero de 2022) a partir de la cual el cálculo permanecerá fijo en el cociente que resulte de dividir por 350 las bases de cotización del interesado durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante que activa la prestación.

De manera que, en este caso, la jubilación se produjo en enero de 2014 y el mes previo a la misma se sitúa en diciembre de 2013, mensualidad cotizada a partir de la cual hay que computar –para todo ese año 2013– las 192 mensualidades de cotización (16 años completos de 12 mensualidades) previstas en la norma legal (actualizadas conforme al IPC, excepto las últimas 24 mensualidades), cuyo resultado se ha de dividir por 224 (16 años completos de 14 mensualidades; 2 de ellas para pagas extras)⁴⁶. Es decir, que para el cómputo de las bases de cotización de las que extraer la base reguladora de la pensión, hubo que tomar las mensualidades desde la de diciembre de 2013 hacia atrás, hasta la de enero de 1998, ambas inclusive.

Y por lo que se refiere al convenio especial en el sistema de la seguridad social, que fuera suscrito por el trabajador español emigrante (a Suiza) una vez de vuelta en España, y en el que cotizó por las mensualidades completas transcurridas en el periodo desde enero de 2007 hasta diciembre de 2013, ambas inclusive, en la modalidad prevista “para los emigrantes españoles (...) que trabajen en el extranjero”, cuya base mensual de cotización “será en todos los casos la base mínima de cotización que, en cada momento, se halle establecida en el Régimen General de la Seguridad Social”⁴⁷, si bien conviene no olvidar que, como ya quedó dicho antes, cuando en el período de referencia útil para calcular la cuantía de la pensión (aquí de jubilación), haya que computar períodos de seguro cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, el Reglamento comunitario que venimos analizando (nº 883/2004) obliga a que se utilice “para los mencionados períodos la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo”⁴⁸.

Repárese por lo demás en que esta limitación, que impide cotizar en la modalidad de emigrantes españoles trabajadores en el extranjero por una base superior a la mínima del régimen general, no existe para el resto de las modalidades en las que, en general, en el momento de suscribir el convenio especial el interesado –trabajador

45. Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS/94 al día de hoy derogada), artículo 162 y disposición transitoria 5ª; Real Decreto Legislativo 8/2015 (LGSS/15, que derogó a la anterior), disposición transitoria 8ª; Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales TAS/2865/2003, artículos 2, 6 y 15, apartados 4 y 6; todos ellos mencionados en los apartados 14 a 21 inclusive de la STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17.

46. Ello resulta de la lectura de la LGSS (la actualmente vigente –LGSS/15– y la anterior derogada por ésta –LGSS/94–), artículo 209.1 y disposición transitoria 8ª; 162.1 y disposición transitoria 5ª, respectivamente.

47. Orden TAS/2865/2003, artículo 15.4.

48. Anexo XI del Reglamento nº 883/2004, rúbrica “España”, apartado 2 (letras a y b).

por cuenta ajena– puede optar entre cualquiera de las siguientes bases mensuales de cotización:

- a) la máxima por contingencias comunes “del grupo de cotización correspondiente a la categoría profesional del interesado...”;
- b) la que resulte de dividir por 12 la suma de las “bases por contingencias comunes por las que se hayan efectuado cotizaciones durante un período determinado”;
- c) la mínima vigente en la fecha de efectos del convenio especial, “en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos”;
- d) una que se halle “comprendida entre las bases determinadas conforme a las tres posibilidades precedentes”⁴⁹.

En definitiva, y dicho de otro modo, “a aquellos trabajadores cuyas cotizaciones españolas antes de emigrar eran superiores a las mínimas, necesariamente se les obliga, a su retorno, a cotizar por bases mínimas, mientras que, para los trabajadores sedentarios en las mismas circunstancias de cotizaciones superiores a las mínimas, se prevé la posibilidad de cotizar por bases superiores y ajustadas a promedios de las últimas cotizadas”⁵⁰.

El tratamiento desigual que otorga la orden ministerial española al colectivo en que se inserta el trabajador emigrante jubilado parece obvio, sin embargo, exige dilucidar si dicho tratamiento adverso viene avalado por una justificación, que quepa calificar como objetiva, razonable y proporcionada.

C. Los pronunciamientos judiciales al respecto

1. Planteamiento de las cuestiones prejudiciales: auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 13 de octubre de 2016

La resolución judicial que originó las cuestiones prejudiciales que le fueron planteadas en su momento al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y sobre las que este último se pronunció, como enseguida veremos en el próximo apartado, sostiene, en síntesis –en lo que tiene que ver con nuestro análisis– lo siguiente:

A la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia le surgen ciertas dudas “en orden al cálculo de la base reguladora” de la pensión de jubilación del trabajador demandante que le fuera realizada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Y es que para efectuar dicho cálculo, el ente público tomó como cuantías en el periodo de cotización (desde 1 de diciembre de 2007 al 31 de diciembre de 2013) al que corresponde el convenio especial suscrito para la modalidad de emigrantes

49. Orden TAS/2865/2003, artículo 6.2.1, letras a-d; STJUE (Sala Décima) de 28/06/2018, asunto C-2/17, apartado 18.

50. ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico Quinto, *in fine*.

españoles retornados, las bases mínimas de cotización; e igualmente para el resto del periodo computable, que coincidía con periodos trabajados en Suiza (desde el 1 de enero de 1998 hasta el 30 de noviembre de 2007, del total de las 192 mensualidades o 16 años completos inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante de la jubilación), también tomó el Instituto Nacional de la Seguridad Social las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento, porque entendió que – por aplicación del Reglamento (CE) 883/2004– la base de cotización en España que más se aproximaba “en el tiempo” –al periodo de seguro computado bajo la legislación de otro Estado– era la base por la que se había cotizado para el “convenio especial”, y esa base debía ser “necesariamente la base mínima”⁵¹.

Las dudas afloran para la Sala del Tribunal Superior de Justicia gallego cuando al interpretar la expresión “la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo”, alcanza la conclusión de que deben ser excluidas estas bases de cotización más próximas en el tiempo –hacia delante–, toda vez que, como quedó patente en el anterior apartado, a los trabajadores que antes de emigrar cotizaron por bases superiores a la mínima vigente –y este era el caso–, se les obliga necesariamente a cotizar por bases mínimas una vez han retornado a España –si suscriben convenio especial–, y contrariamente, respecto a los trabajadores no emigrantes (que llama “sedentarios”) en iguales circunstancias de cotizaciones superiores a las mínimas, se admite en la Orden ministerial que regula el convenio especial, la “posibilidad de cotizar por bases superiores y ajustadas a promedios de las últimas cotizadas”⁵².

Las vacilaciones del Tribunal Superior de Justicia de Galicia se amplían, no sólo al momento de interpretar los preceptos jurídicos, sino también a la hora de arbitrar un “remedio adecuado” que resuelva el perjuicio causado por la norma española –al devenir incompatible con la europea–, lo que le lleva a preguntar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si podría entenderse ajustada a Derecho su propuesta de solución, la cual se ofrece en estos términos:

1. Respecto del primer tramo de cotización para el cálculo de la pensión (119 mensualidades de las 192 totales), por las mensualidades completas que transcurren entre enero de 1998 y noviembre de 2007, se tomaría la “última cotización real realizada por el trabajador correspondiente a un mes completo a la Seguridad Social de España”; es decir, la correspondiente a junio de 1978⁵³, que ascendió en su día a 133'59 €, pero “debidamente actualizada” conforme al IPC oficial aplicado sobre todas y cada una de “las mensualidades que van desde 1 de enero de 1998 hasta 30 de noviembre de 2007”⁵⁴.

51. ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico cuarto.

52. ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico quinto.

53. ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico primero, párrafo 2º.

54. ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico sexto. Entiende el Tribunal Superior de Justicia que “su actualización a noviembre de 2007, supondría una

2. Y en cuanto al segundo tramo útil de cotización para el cálculo de la pensión (73 mensualidades de las 192 totales), que ocupa las mensualidades desde diciembre de 2007 a diciembre de 2013 (periodo temporal que se corresponde con el de vigencia del convenio especial para emigrantes españoles retornados), tal periodo se consideraría “neutro o un paréntesis, de manera que la base reguladora obtenida con las bases de cotización desde 1 de enero de 1998 hasta 30 de noviembre de 2007 se actualizaría” conforme al IPC oficial “a la fecha del hecho causante (el 31 de diciembre de 2013)”.

En realidad, la –imaginativa– fórmula que propone como solución la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia gallego para salvar el perjuicio causado al pensionista, lo que hace es considerar como más próxima en el tiempo la última cotización real completa española, aquella que efectuó el trabajador antes de emigrar a Suiza (en junio de 1978), en lugar de tomar como más próxima aquella otra cotizada después de su regreso a España (diciembre de 2007).

Y, fruto de todo ello la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia remitente termina planteando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea estas dos cuestiones prejudiciales:

1. “¿Deben entenderse excluidas de la expresión «la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo» a que se alude en el Anexo XI.G.2 del Reglamento (CE) 883/2004 (...) aquellas bases de cotización derivadas de la aplicación de una norma interna española según la cual un trabajador migrante retornado cuyas últimas cotizaciones reales españolas hubieran sido superiores a las bases mínimas solo puede suscribir un convenio de mantenimiento de cotizaciones conforme a bases mínimas mientras que, si fuera un trabajador sedentario, se le habría ofrecido la posibilidad de suscribirlo por bases superiores?
2. En caso de respuesta afirmativa a la anterior cuestión, y de conformidad con el Anexo XI.G.2 del Reglamento (CE) 883/2004 (...) ¿son remedios adecuados para reparar el perjuicio causado al trabajador migrante tomar las últimas cotizaciones reales españolas debidamente actualizadas y considerar el periodo cotizado al amparo del convenio de mantenimiento de cotizaciones como período neutro o un paréntesis?”⁵⁵.

Veremos en el apartado siguiente que la contestación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde afirmativamente, de manera expresa –contundente y clara– a la primera cuestión; y de forma menos clara, acaso implícita, a la segunda, desde

cuantía –salvo error de cálculo– de 769’88 euros, mientras que en el cálculo realizado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social la cuantía tomada en consideración para noviembre de 2007 es de 665’70 euros; y la actualización a cada uno de los restantes meses del cálculo lleva a unas similares diferencias”.

55. Artículo 267 TFUE y ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico séptimo y Parte Dispositiva.

luego no negando, pero sí derivando la competencia de la decisión en favor del propio órgano judicial remitente de las dos cuestiones prejudiciales.

2. *La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviendo dichas cuestiones prejudiciales: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2018 (en el asunto C-2/17)*

Frente al planteamiento de las cuestiones prejudiciales de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) despliega, en su sentencia de fecha 28 de junio de 2018⁵⁶, las siguientes consideraciones:

1. El órgano judicial emisor de las cuestiones prejudiciales (Tribunal Superior de Justicia de Galicia), “solicita orientación” –dice el Tribunal de Justicia de la Unión Europea– sobre si procede –conforme al Reglamento 883/2004 (art. 45 TFUE y Anexo XI, rúbrica “España”, punto 2)– calcular el importe teórico de la pensión de jubilación del trabajador español migrante a Suiza, con arreglo a la última base de las cuotas reales abonadas por el trabajador (español) en España, antes de ejercitar su derecho a la libre circulación. Ello se traduce en interesar –continúa diciendo el Tribunal comunitario–, que se asiente el cálculo sobre “una base de cotización más elevada que aquella que sirvió de referencia [la de diciembre de 2007] para calcular las cuotas abonadas por dicho trabajador en el marco del convenio especial” suscrito con la seguridad social española⁵⁷.
2. Esta solicitud prejudicial deriva de dos circunstancias que son esenciales para la resolución de la controversia jurídica: primera, que el trabajador migrante retornado habría tenido unas “últimas cotizaciones reales españolas superiores a las bases mínimas” a las que obliga el convenio especial; y segunda, que solo se le permite suscribir ese convenio (especial) de mantenimiento de cotizaciones conforme a bases mínimas, mientras que de haber sido “un trabajador sedentario, se le habría ofrecido la posibilidad de suscribirlo por bases [de cotización] superiores”. Por estas razones, el derecho de libre circulación ejercitado por el trabajador migrante español (a Suiza), le habría causado un perjuicio que el ordenamiento de la UE –a juzgar por las dudas que presenta el Tribunal Superior de Justicia gallego–

56. Asunto C 2/17, procedimiento prejudicial relativo al acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros –por una parte –, y la Confederación Suiza –por otra–, en materia de Seguridad social de los trabajadores migrantes, en relación con el Reglamento (CE) número 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (versión modificada por el Reglamento CE nº 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009), Anexo XI, rúbrica “España”, punto 2, sobre pensión de jubilación, modo de cálculo, importe teórico, base de cotización pertinente, convenio especial con la Seguridad Social, normativa nacional (española) que obliga al trabajador a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización. Petición de decisión prejudicial planteada (art. 267 TFUE) por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia por Auto de 13 de diciembre de 2016 (recibido en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 2 de enero de 2017), en el procedimiento entre el Instituto de la Seguridad Social y el Sr. Crespo Rey, con intervención de la Tesorería general de la Seguridad Social.

57. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartado 31.

no tolera. Y en tal caso, para soslayar el perjuicio causado sugiere el Tribunal Superior de Justicia (de Galicia) remitente, “tomar las últimas cotizaciones reales españolas debidamente actualizadas”, considerando como “periodo neutro” o como “paréntesis” el periodo cotizado conforme al convenio especial con la seguridad social española⁵⁸.

3. En consecuencia, la pregunta obligada a la que debe enfrentarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso que nos ocupa es “si la normativa nacional en cuestión en el litigio principal es compatible con el artículo 45 TFUE”, por virtud del cual queda garantizada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, que es tanto como abolir toda clase de discriminación por razones de nacionalidad entre trabajadores de los Estados miembros, en materias de empleo, retribución y demás condiciones de trabajo⁵⁹. Incompatibilidad que se pone de manifiesto, en tanto que dicha normativa nacional (Orden ministerial española⁶⁰) “obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social española a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización”, de tal forma que “al calcular el importe teórico de la pensión de jubilación de ese trabajador, con arreglo al (...) Reglamento nº 883/2004, la institución competente equiparará el período cubierto por este convenio a un período realizado en España y solo tomará en consideración las cuotas abonadas por dicho trabajador en virtud de este convenio”, pese a que “antes de ejercer su derecho a la libre circulación, este último cotizara en España con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización”⁶¹.
4. Visto que el Reglamento comunitario 883/2004 “no establece un sistema común de seguridad social, sino que permite la existencia de diversos sistemas nacionales (...) y su único objetivo es garantizar la coordinación de tales sistemas»; y que a falta de una armonización en el ámbito de la UE corresponde a cada Estado miembro legislar sobre los requisitos necesarios para activar el derecho a las prestaciones, ello sin perjuicio del respeto al Derecho de la UE y del TFUE acerca de «la libertad, que se reconoce a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de los Estados miembros”, deviene obligado tener en cuenta el Acuerdo sobre libre circulación de personas –cuyo objetivo es favorecer a los

58. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartado 32.

59. Artículo 45 TFUE, apartados 1 a 3. “Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión”.

60. Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, publicado en el BOE núm. 250, de 18 de octubre de 2003 (entrada en vigor el 1 de abril de 2004). La STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartado 16, considera que tal norma “establece los requisitos con arreglo a los cuales una persona puede ser considerada en situación de alta en el régimen de la seguridad social española mediante la suscripción de un convenio especial”.

61. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartados 45 a 47.

nacionales de los Estados miembros de la UE y (en este caso) de la “Confederación Suiza, la libertad de circulación de personas en el territorio de las partes contratantes de dicho Acuerdo”-, el cual conlleva el derecho “de entrada, de residencia y de acceso a una actividad económica por cuenta ajena, así como las mismas condiciones de vida, de empleo y de trabajo concedidas a los nacionales del Estado de que se trate”⁶².

5. Dicho Acuerdo (UE-Suiza) faculta a las partes contratantes para regular “la coordinación de los sistemas de seguridad social con el fin de garantizar la igualdad de trato” –aquí en referencia a las condiciones de empleo y de trabajo, y en particular en materia de remuneración, de despido y de rehabilitación profesional o de reemplazo (en caso de estar desempleado)-, que asegura la aplicación del principio de “no discriminación [basada en la nacionalidad] en el ámbito de la libre circulación de trabajadores”⁶³.
6. Comoquiera que el trabajador (Sr. Crespo Rey) ejerció su derecho de libre circulación de personas para realizar una actividad por cuenta ajena en el territorio de Suiza, ello significa que está comprendido en el ámbito de aplicación del Acuerdo y por consiguiente “puede invocar dicho Acuerdo frente a su Estado de origen” (España)⁶⁴.
7. Y, considerando que el trabajador migrante había cotizado –previamente antes de ejercer su derecho de libre circulación y suscribir a su regreso un convenio especial–, por bases superiores a la mínima, “las cuotas abonadas por este trabajador en el marco de dicho convenio especial no se corresponden” con las que, efectivamente, hubiera abonado “de haber continuado ejerciendo en las mismas condiciones su actividad en dicho Estado miembro”. Es de destacar al respecto, que la normativa nacional española no impone la aceptación de unas bases de cotización mínimas a los trabajadores “sedentarios” que no hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación y cuya carrera profesional se desarrolle enteramente en España. “En efecto, estos tienen la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización”. Consecuentemente, esta diferencia de trato –adversa para los migrantes–, respecto de los trabajadores sedentarios “que realicen toda su carrera profesional en el Estado miembro en cuestión”, no tendría lugar si “tal trabajador hubiera, tras ejercer su derecho a la libre circulación, cotizado únicamente en otro Estado miembro, sin suscribir un convenio especial”. De manera que en tal hipótesis, la base de cotización última abonada en ese Estado miembro

62. Acuerdo UE-Suiza sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra (DO L 114 de 30 de abril de 2002, p. 6), Preámbulo y artículos 1 y 16.2. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartados 48 y 49.

63. Artículos 2, 8.a, 9 del Anexo I, y Anexo II del Acuerdo sobre la libre circulación UE-Suiza.

64. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartados 52 a 54. El período de referencia para el cálculo de la pensión de jubilación del Sr. Crespo Rey es, con arreglo a la disposición transitoria 5ª LGSS (por entonces Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), el comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2013; suscribió el convenio especial el 1 de diciembre de 2007, en virtud del cual cotizó con arreglo a la base mínima de cotización hasta el 31 de diciembre de 2013.

habría sido la pertinente –en cuanto última– para calcular la pensión de jubilación, y ello habría supuesto “una base de cotización más elevada” que la mínima “prevista por el convenio especial”⁶⁵.

8. Resta abordar la reparación de las consecuencias adversas, para el caso de que efectivamente la norma interna española se revele incompatible con la europea, como así ocurrió en el caso. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera acerca de esta segunda cuestión prejudicial que el órgano jurisdiccional nacional remitente debe hacer “todo lo que sea de su competencia para garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por este”. De modo que, si el Derecho nacional instituye “un trato diferenciado entre varios grupos de personas, infringiendo lo dispuesto en el Derecho de la Unión, los miembros del grupo perjudicado deben recibir un mismo trato y ha de aplicárseles el mismo régimen que a los demás interesados. A falta de una correcta aplicación del Derecho de la Unión, el régimen aplicable a los miembros del grupo favorecido sigue siendo el único sistema de referencia válido”.

Ergo, si los trabajadores sedentarios que suscriben un convenio especial tienen la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización, este es el “marco jurídico” que constituye el “sistema de referencia válido”. Y, si bien “corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del litigio determinar cuáles son, en Derecho interno, los medios más adecuados para conseguir la igualdad de trato entre los trabajadores inmigrantes y los trabajadores sedentarios”, ello no impide al Tribunal de Justicia de la Unión Europea destacar que ello podría “alcanzarse, a priori, concediendo también a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial tal facultad y permitiéndoles cotizar retroactivamente con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y, en consecuencia, reclamar sus derechos a una pensión de jubilación en función de estas nuevas bases”⁶⁶.

9. Considerando cuanto antecede, termina declarando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en respuesta a las cuestiones prejudiciales, que “el Acuerdo sobre la libre circulación de personas debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro”, como ocurrió en nuestro caso, “que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social del Estado miembro en cuestión a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, de forma que, al calcular el importe teórico

65. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartados 61 a 68. Específicamente se indica en los apartados 64-64 que “El INSS y el Gobierno español alegan (...) que la suscripción de un convenio especial tiene por finalidad permitir al trabajador inmigrante evitar que se produzca una reducción del importe de su pensión de jubilación española por el hecho de que ejerza su derecho a libre circulación. Sin embargo (...) en una situación como la del litigio principal, el trabajador migrante que suscribe un convenio especial puede en realidad ser objeto de una reducción nada desdeñable del importe de su pensión de jubilación, ya que (...) para calcular el importe teórico de esta pensión, solo se tienen en consideración las cuotas abonadas por este último en el marco de dicho convenio, esto es, cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización”.

66. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartados 70 a 75.

de su pensión de jubilación, la institución competente de dicho Estado miembro equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en ese mismo Estado miembro y solo toma en consideración, a efectos de ese cálculo, las cuotas abonadas en el marco de dicho convenio, incluso cuando, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, dicho trabajador hubiera cotizado en el Estado miembro en cuestión con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y cuando un trabajador sedentario que no hizo uso de su derecho a la libre circulación y que suscribe tal convenio dispone de la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización”⁶⁷.

10. En definitiva, la primera cuestión prejudicial se ve confirmada absolutamente; y sobre la segunda –lo dicho–, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni confirma ni desmiente que el periodo cotizado al amparo del convenio (especial) de mantenimiento de cotizaciones deba considerarse un “período neutro o un paréntesis”, pero admite (implícitamente) como adecuada tal posibilidad, siempre que se oriente a garantizar la efectividad plena del Derecho de la UE, y en ese camino podría resultar adecuado –*a priori*– conceder “también a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial” la facultad de cotizar retroactivamente por bases superiores a la mínima, lo que les permitiría “reclamar sus derechos a una pensión de jubilación en función de estas nuevas bases”. Pero, en todo caso, traslada –devuelve– la competencia para tomar las decisiones oportunas que procuren tal propósito, al propio tribunal (Tribunal Superior de Justicia de Galicia) remitente de las cuestiones prejudiciales.

3. Aplicación del derecho por parte del tribunal español: sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de julio de 2018, ratificada por la del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2021

1. En este orden de cosas, a la vista de la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las cuestiones prejudiciales, considera el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, esta vez en la nueva resolución judicial dictada por su Sala Social, es decir, la sentencia definitiva que levantó la suspensión del procedimiento y resolvió la controversia jurídica planteada por las partes en conflicto (el trabajador jubilado, Sr. Crespo Rey, de un lado y la entidad gestora Instituto Nacional de la Seguridad Social, con intervención de la Tesorería General de la Seguridad Social, de otro)⁶⁸, que se da una “perfecta adecuación de la respuesta ofrecida [por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea] al objeto del debate litigios”, que le proporciona asimismo “una respuesta de gran utilidad (...) –en el apartado 75 de su Sentencia–”, al atribuirle

67. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartado 76 y parte declarativa de la sentencia.

68. STSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 12 de julio de 2018 (núm. de recurso 881/2016).

competencia para determinar, conforme a Derecho interno, “los medios más adecuados para conseguir la igualdad de trato entre los trabajadores inmigrantes y los trabajadores sedentarios”, sin perjuicio de que tal objetivo pudiera verse cumplido también –se acaba de ver–, concediendo a priori a los trabajadores migrantes que suscriban convenio especial la posibilidad de cotizar retroactivamente conforme a bases superiores a la mínima, que en ese caso generarían el derecho a lucrar una pensión mayor ajustada a las nuevas bases de cotización⁶⁹.

Así, acogiendo en suplicación parcialmente el recurso del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia en su día dictada por el Juzgado de lo Social, el TSJ condena al Instituto gestor en los siguientes términos:

1. Le obliga a calcular (en 30 días) la base reguladora de la pensión, “considerando desde 1 de enero de 1998 hasta 31 de diciembre de 2013” como base de cotización correspondiente a cada mensualidad (del total de las 192 mensualidades, o 16 años completos, del periodo de cálculo), la última cotización real correspondiente a un mes completo a la Seguridad Social en España, que fue la efectuada por el trabajador en el mes de junio de 1978, y que debidamente actualizada conforme al IPC oficial asciende a 133'59 €. Una vez hecho esto, hay que aplicar el correspondiente IPC oficial a todas y cada una de esas (192) mensualidades, en el bien entendido de que pese a arrancar todas las cotizaciones de la misma cuantía de base (133'59 €/mes), dada la mayor o menor cercanía de cada una de ellas al punto temporal de comparación, la actualización con el IPC proporciona a cada mensualidad una cuantía diferente (obviamente, mayor cuanto más cercana en el tiempo a la actualidad).
2. De otro lado, le obliga igualmente a establecer (“en ese mismo plazo de 30 días”), la diferencia que, “de 1 de diciembre de 2007 a 31 de diciembre de 2013” tendría que haber abonado el trabajador, si hubiera suscrito el convenio especial tomando en consideración esa base de cotización de 133'59 € “actualizada en los términos expuestos”.
3. Asimismo, ha de conceder al beneficiario “un plazo de 30 días” desde la notificación de los cálculos anteriores⁷⁰, para que este decida si acepta la base reguladora de 639'26 €/mes que le ha reconocido el Instituto Nacional de la Seguridad Social, “sin hacer ninguna regularización”, o si opta “por la que resulta del cálculo” y la regularización expresados, respectivamente, en los dos apartados anteriores.
4. Finalmente, obliga al Instituto Nacional de la Seguridad Social a que posibilite la regularización diferencial del beneficiario, “distribuyendo la cantidad total a regularizar en cuantías iguales para cada mes mediante la reducción de la

69. STSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 12 de julio de 2018 (núm. de recurso 881/2016), FD quinto.

70. O, en el caso de ser impugnados tales cálculos, en ejecución de sentencia, “desde la firmeza de la resolución judicial en la cual se decida sobre esa impugnación”.

pensión que le corresponda percibir tomando en consideración la base reguladora a que se refiere el anterior apartado" 1), durante el periodo de "6 años y un mes", en consideración a que "este es el periodo de tiempo que va de 1 de diciembre de 2007 a 31 de diciembre de 2013" (73 mensualidades), y por tanto ese es también el periodo en el que, de habersele permitido al trabajador cotizar por una base superior a la mínima –"como se le habría permitido a un trabajador sedentario"– el beneficiario "habría tenido que costear la diferencia a que se refiere el anterior apartado" 2)⁷¹.

2. Por su parte, el Tribunal Supremo (Sala Social)⁷², tras un análisis exhaustivo y pormenorizado de toda la materia y de los pronunciamientos recaídos en el caso –a todos los niveles–, viene a ratificar en su reciente sentencia todos y cada uno de los pronunciamientos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Por lo que aún no se haya estimado oportuno decir aquí, únicamente puede añadirse ahora que "si el trabajador cotizó a la Seguridad Social española antes de ejercer su derecho a la libre circulación, la base de cotización que se debería tomar para calcular el importe de su pensión de jubilación será la última cotización (actualizada) abonada por dicho trabajador en España"; tal y como ha ocurrido en el caso. Y que "por tanto, no estamos ante un Acuerdo [UE-Suiza] ni régimen reglamentario [Reglamento comunitario nº 883/2004] que acuda a las bases medias"⁷³, que es lo que desde el inicio del pleito venía reclamando el trabajador y que ya rechazó en su momento la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia (y confirma el Supremo).

Y por otro lado, que las sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo "ya han puesto de relieve que la STJUE [de 28 de junio de 2018] recaída en el presente procedimiento tiende a que la base reguladora se calcule conforme a las últimas cotizaciones realizadas en España; y si hay convenio especial, no cabe duda de que son esas"⁷⁴, por lo que, en definitiva, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia recurrida "da cumplimiento a los requerimientos del TJUE en orden a propiciar" que el trabajador "no cotizara por bases mínimas", como así terminará ocurriendo por mandato de la parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Este es un "aspecto preterido por el recurrente, pero que resulta trascendente a la hora de comprobar el acierto de la doctrina acuñada por la Sala de Galicia"⁷⁵.

IV. A MODO DE REFLEXIÓN O DE CONCLUSIONES

Acerca del PEDS, puede afirmarse con rotundidad que el ordenamiento jurídico de la UE se orienta hacia la protección del principio de libre circulación de las personas dentro de su territorio, propugnando la igualdad de trato –consecuentemente la lucha contra

71. STSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 12 de julio de 2018 (núm. de recurso 881/2016), FD sexto y fallo.

72. STS, Sala Social, de fecha 29 de abril de 2021 (núm de recurso 3931/2018).

73. STS, Sala Social, de fecha 29 de abril de 2021 (núm de recurso 3931/2018), FD cuarto.5.

74. STS, Sala Social, de fecha 29 de abril de 2021 (núm de recurso 3931/2018), FD sexto.2, segundo.

75. STS, Sala Social, de fecha 29 de abril de 2021 (núm de recurso 3931/2018), FD sexto.2, tercero.

la discriminación– y la solidaridad entre los Estados miembros. Ese robusto catálogo de derechos que representa el Pilar europeo, no hay duda de que marca unas directrices y una intencionalidad muy claras, respecto de la igualdad de oportunidades y de acceso a un mercado de trabajo que se pretende cada vez menos injusto, y una protección social que erradique las exclusiones. Empero, pese a las declaraciones grandilocuentes que cada cierto tiempo despliegan formalmente las instituciones comunitarias⁷⁶, es lo cierto que de los veinte principios que se contemplan en el PEDS, muchos de ellos adolecen de falta de implementación, de concreción, de intensidad, o incluso de una inicial puesta en marcha. En ese sentido, al menos en algunos Estados –no centrales– ubicados en la periferia europea (caso de España), esa igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo resultan manifiestamente deficientes –si no imposibles– para determinados colectivos (de mujeres, emigrantes, jóvenes...), incluso no estando en riesgo de pobreza o de exclusión social.

Por lo que se refiere, en concreto, a la materia de seguridad social, se extienden, se amplían, se intensifican los mecanismos de coordinación de los distintos sistemas nacionales coexistentes dentro de la UE, para atender a la acumulación de las cotizaciones realizadas en cualquier parte de su territorio –incluso más allá del mismo, (en el caso aquí estudiado Suiza)–, con el fin de que las personas de mayor edad puedan obtener pensiones de vejez (o jubilación) que les permitan disfrutar de unos mínimos de vida decente. Ese derecho a una seguridad social, inspirada en la libre circulación de personas y la igualdad de trato sin discriminación, encuentra su cauce específico en el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, si bien precisamente la coordinación europea viene a fiscalizar –vía tribunales en última instancia– que los sistemas nacionales no entren en confrontación incompatible con el Derecho de la Unión (Tratados, Reglamentos...).

Y en ese sentido, el respeto a la libre circulación de las personas en el territorio de la UE, y también respecto de otros países con los que la Unión tenga vigente Acuerdo que regule esta materia (caso de Suiza), implica varias cosas:

1. Que la distinta nacionalidad de los trabajadores, dentro del ámbito subjetivo del Acuerdo (UE-Suiza), no ampara un tratamiento desigual que perjudique la cuantía de la prestación (contributiva) de jubilación devengada. Y, en esa misma dirección, tampoco una diferencia de trato del pensionista, que emigró para trabajar (a Suiza) y a su regresó suscribió –en previsión de su futura jubilación –, convenio especial con la seguridad social española, en comparación con un trabajador que permaneció de manera sedentaria en el país.
2. Que el conflicto de normas se resuelve –obviamente– en favor de la primacía del Derecho comunitario sobre el de cualquier país miembro, y, por lo tanto, la interpretación de la norma nacional (española) debe acomodarse –de la

76. Desde un punto de vista un tanto escéptico respecto del PEDS, Casado Casado, L: “El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿hacia un fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión Europea?”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, núm. 2, 2019, pp. 401-402.

forma que resulte más oportuna en cada caso– por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales –no por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea– a esa realidad igualitaria que predica la UE en general y el Reglamento 883/2004 en particular.

3. Que en el caso de que se produzca un perjuicio real en la fijación del importe teórico de la pensión de vejez por parte del organismo nacional competente (Instituto Nacional de la Seguridad Social), dicho organismo tiene que recalcular la cuantía con las bases de cotización correspondientes, tomando como referencia la base mensual última (completa) por la que el trabajador cotizó en España, si bien actualizada convenientemente conforme al IPC oficial y con las revalorizaciones oportunas. Y puede ocurrir que la base de cotización de referencia para el cálculo (por el Instituto Nacional de la Seguridad Social) del importe de la pensión teórica de jubilación, que más se aproxime a la última cotización mensual completa efectuada en España, ya no sea necesariamente la más cercana una vez que el emigrante ha regresado, sino que puede ser –como aquí ocurrió–, la más cercana antes de que el trabajador emigre.
4. Que producido el perjuicio se debe permitir al trabajador jubilado que opte por cotizar –retroactivamente– por esas bases de cotización superiores que (conforme a los nuevos cálculos del Instituto Nacional de la Seguridad Social) vengan a eliminar dicho perjuicio, de modo que el pensionista haga frente al abono de la diferencia de cuotas en tantas mensualidades como hayan transcurrido desde la firma del convenio especial hasta la jubilación, descontando el importe mensual correspondiente del abono mensual de su pensión.
5. Por último, puede entenderse que la normativa española reguladora del convenio especial, a saber la Orden ministerial TAS/2865/2003, ha devenido tácitamente derogada –por virtud de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que hemos analizado–, en el precepto (art. 15.4) en que –en las circunstancias del caso expuestas– obliga “en todos los casos” al pensionista que suscriba el convenio especial para la modalidad de emigrantes españoles que trabajen en el extranjero, a cotizar mensualmente por la “base mínima de cotización que, en cada momento, se halle establecida en el Régimen General de la Seguridad Social”.

Bibliografía

- Casado Casado, L: “El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿hacia un fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión Europea?”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, núm. 2, 2019.
- Eurofound: *¿Una Europa más igualitaria? La convergencia y el pilar europeo de derechos sociales*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019.
- Gardini, G.: “Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, núm. 9, 2018.

- Monereo Pérez, J. L.: "Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad Social", *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 8, núm. 2, 2018.
- Ramos Antón, F.: *El Pilar Europeo de Derechos Sociales. La última oportunidad para la Europa Social*, Fundación Alternativas, Madrid, 2018.
- Rojo Torrecilla, E.: "A construción do pilar europeo de dereitos sociais. Da proposta Juncker (9.9.2015) á recomendación da Comisión Europea (26.4.2017). Máis Europa social ou reordenación do marco normativo vixente?", *Revista Galega de Dereito Social - 2ª Etapa*, núm. 3, 2017.
- Romero Gallardo, A.: "La discapacidad y el nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales", *Siglo Cero. Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 49, núm. 2, 2018.