


Las sentencias sobre pensiones europeas del magistrado Aurelio Desdentado¹

The rulings on European pensions of the magistrate Aurelio Desdentado

ANTONIO OJEDA AVILÉS *Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla*
 <https://orcid.org/0000-0002-5752-365X>

Cita sugerida: OJEDA AVILÉS, A. "Las sentencias sobre pensiones europeas del magistrado Aurelio Desdentado". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. Extraordinario 2021*: 109-118.

Resumen

Contra todo pronóstico, dada la abundancia de recursos referidos a pensiones europeas que tenían como país extranjero a Alemania o a Francia, el caso de esta sentencia tiene como conexión europea a los Países Bajos; y en lugar de insertarse en el régimen común o general de los trabajadores de la industria y los servicios, alude al muy restrictivo régimen de los trabajadores del mar.

Abstract

Against all odds, given the abundance of resources related to European pensions that had Germany or France as a foreign country, the case of this ruling has the Netherlands as a European connection; and instead of being inserted into the common or general regime for workers in industry and services, it refers to the very restrictive regime for seafarers.

Palabras clave

Pensiones; Europa; Base reguladora; Viudedad

Keywords

Pensions; Europe; Regulatory basis; Survivor's pension

1. UNA ACCIDENTADA HISTORIA

Si el ingreso de España en la Unión Europea data de 1986, casi de inmediato los primeros recursos sobre pensiones europeas comenzaron a llegar al Tribunal Supremo y al Tribunal de Justicia Europeo (en adelante, TJE) referentes a conflictos producidos en torno a las jubilaciones, invalideces y viudedades de trabajadores que habían rendido una parte de su vida laboral en otro Estado miembro de la Comunidad, y de sus esposas. Se trataba no solo de que había que aplicar una compleja normativa del Reglamento comunitario 1408/1071, luego sustituido por el 883/2004, sino que además dicha legislación era bastante diferente de los Convenios bilaterales suscritos con los Estados europeos más importantes, a donde los españoles habían emigrado en masa desde la década de los 1950 para trabajar hasta su jubilación, su invalidez o su muerte, lo que implicaba a la hora de declarar la pensión única ("europea") unos cálculos que se prolongaban varios decenios por encima de oscuras normativas de las que la más *tenebrosa* era la que comenta Desdentado en alguna de las sentencias que veremos de seguido, la Orden Ministerial de 26 de enero de 1967, sobre cotizaciones en anteriores regímenes de previsión social a 1967.

Tres sentencias del TJE van a marcar un pequeño terremoto en la doctrina del TS que nos llevará a la presente situación: son la Lafuente Nieto C-251/1994, la Naranjo Arjona y otros C-31/1996 a 33/1996, y la Grajera Rodríguez C-153/1997, y aunque el tema del ajuste entre los Reglamentos de Seguridad Social y las diversas estructuras nacionales no era completamente nuevo –Italia era un país de emigrantes cuando fundó con otros la Comunidad Económica

¹ Agradezco a Carlos García de Cortázar, vicepresidente de AESSS, haber leído el original y aportado sugerencias de gran valor para el alcance del texto.

Europea–, el ingreso de España y Portugal había pillado a las estructuras comunitarias y a Europa misma en plena evolución tras la crisis del petróleo de finales de los setenta, y se encontraba con estos dos nuevos Estados miembros cuyos Convenios bilaterales eran más beneficiosos que la normativa comunitaria, según la mayoría de la doctrina. Por ejemplo, en materia de bases reguladoras de las pensiones, los sueldos que los emigrantes españoles habían estado percibiendo en, pongamos por caso, Alemania, eran absolutamente diferentes a los percibidos en la misma época por sus equivalentes en España²: la visualización de tal contraste sería determinante para evitar lo que el TJE denominaría la “doble influencia no enteramente justificada” del Derecho extranjero, pues éste aparecía en las pensiones del emigrante no solo porque en la parte de ese país de acogida se aplicaba lógicamente la legislación del mismo para calcular la parte de pensión que le correspondía, sino porque también jugaba en el cálculo de la otra parte de pensión –de la española, en nuestro caso– si se acogía la tesis de utilizar lo realmente ganado en el período de trabajo en el extranjero. En tales supuestos no se trataba únicamente de que lo ganado en Alemania, pongamos por caso, nada tenía que ver con los sueldos españoles de la misma categoría profesional, sino que el trabajador migrante había también ascendido en el país de acogida hacia puestos o profesiones muy distantes de los que podía haber esperado en España. De ahí que la primera postura adoptada para el cálculo de las bases reguladoras de la pensión nacional –computar los salarios extranjeros percibidos en el tiempo prestado en el país de acogida, topados con las bases máximas del país de origen–, fuera pronto desechada por otra postura radicalmente contraria –la de los salarios del país de origen tal como eran cuando el migrante abandonó el país, actualizados con los índices de inflación–, y finalmente evolucionara hacia las bases medias actuales de la categoría alcanzada en el momento de emigrar³.

En estos temas había estado Aurelio Desdentado desde el comienzo con sus comentarios jurisprudenciales y como abogado de un bufete sindical, donde se había labrado fama como experto en tan abstruso tema, complejo hasta la extenuación y trascendente por tantos motivos. Su entrada en el Tribunal Supremo por la puerta grande fue por ello plenamente justificada, y cuando tuvo ocasión de intervenir como ponente en las causas sobre la armonización del Derecho español con el Comunitario de pensiones había recorrido ya un largo trecho y alcanzado la madurez que se detecta en el texto de las sentencias⁴.

² La cuestión de los emigrantes que no habían acreditado salario alguno en España antes de salir hacia otro Estado europeo vino también recogida en varias sentencias de esa misma segunda mitad de los noventa, en concreto por las sentencias TJE en los casos Martínez Losada y otros de 20 de febrero de 1997, asuntos acumulados C-88/95, C-102/95 y C-103/95, y Ferreira Alvite de 25 de febrero de 1999, C-320/95. Sobre estos temas, ROJAS CASTRO, Manuel, “Dos sentencias del Tribunal de Justicia de las CE sobre los trabajadores españoles migrantes que necesitan clarificación: sentencia Lafuente Nieto (12-9-96) y sentencia Martínez Losada (20-2-97)”, *Poder Judicial* 46 (1997), pp. 497-623; DESDENTADO BONETE, Aurelio, “En el laberinto: desempleo asistencial y jubilación de los trabajadores migrantes, entre el Derecho comunitario y «las leyes de acompañamiento»”, *La ley* 1 (1999), pp. 1841-1842.

³ Véase al respecto ROJAS CASTRO M., “Duda hispano-comunitaria aclarada que precisa clarificación. Estudio de la Sentencia Lafuente Nieto, de 12 de setiembre de 1996, C-251/1994, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre la bases reguladoras y el prorrateo de las pensiones españolas de los trabajadores migrantes. Nuevas sentencias españolas después del 12 de setiembre de 1996”; OJEDA AVILÉS A., “El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia”, *Aranzadi Social* V (2000), pp. 391 ss.

⁴ Por ejemplo, DESDENTADO BONETE A., “La Seguridad Social de los trabajadores migrantes de la Unión Europea en la unificación de doctrina”, *Noticias de la Unión Europea* 157 (1998), pp. 92 ss.; el mismo, “El problema de la determinación de la base reguladora de la pensión española en los supuestos en que el cómputo comprende períodos de cotización que se han completado en otro país de la Unión Europea”, en VV.AA. (Instituto Europeo de Relaciones Industriales), *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada 1999, pp. 95 ss.; el mismo, “En el laberinto: desempleo asistencial y jubilación de los trabajadores migrantes”, cit. en nota anterior.

No ha sido fácil, empero, la trayectoria judicial de Aurelio Desdentado, aunque la dificultad a que enseguida me referiré vino debida a su afán polemista que encontró en otros magistrados a sus perfectos interlocutores. La deliberación de las sentencias perfiló los problemas y las soluciones hasta extremos insospechados, en beneficio del Derecho y de los justiciables y haciendo de la Sala de lo Social el espacio del Tribunal Supremo donde mayor número de votos particulares se han firmado en esta larga época. Dos catedráticos sevillanos incorporados a la misma Sala tuvieron la fortuna de acompañar a Desdentado en su búsqueda de la verdad formal, o jurídica, de los pleitos que llegaban, y su firma aparece en una amplia variedad de temas, con cierta frecuencia disintiendo de lo mantenido en la ponencia de alguno de ellos tres. Mucho se ha debatido sobre la conveniencia o no de los votos particulares, por aquello que cabría decir de que debilitan la contundencia de lo afirmado por el Tribunal, especialmente en los casos de votos particulares masivos, y en aquella Sala era hasta cierto punto frecuente hallar una diferencia entre la ponencia y los votos particulares de solo uno o dos votos, cuando no conseguían derribar la propuesta y debía nombrarse otro ponente para expresar el parecer discrepante mayoritario⁵. Y poco se ha hablado del beneficio que tal situación de debate ha tenido seguramente en el Derecho del Trabajo para la profundización en los temas desde todos sus puntos de vista. El caso es que recordamos hoy y nos sentimos herederos de los pronunciamientos perfilados en aquellas horas de debate y para problemas especialmente espinosos, algunos de ellos *européos*, y aunque no hayan tenido siempre un final feliz bajo la final revisión del TJE, han sido siempre brillantes y han hecho avanzar en muchos aspectos a la doctrina científica a remolque de la doctrina judicial, si es que este concepto implica alguna diferencia con el de jurisprudencia⁶. Polemista entusiasta era el magistrado Desdentado, a juzgar por los votos particulares emitidos, o quizá era el más convincente y lograba arrastrar el mayor número de adhesiones, aunque no le iba a la zaga el magistrado Martín Valverde. El caso es que puede rastrearse la huella de estas polémicas en múltiples sentencias, de las que podemos recordar a título de ejemplo la del TS de 13 de marzo de 1991, pleno de trece magistrados, sobre despido improcedente por pluriempleo del trabajador, con voto particular del magistrado Martín Valverde y la adhesión de otro miembro de la Sala; o la de 13 de octubre de 1995, con voto particular del magistrado A. Desdentado Bonete y adhesión de otro miembro de una Sala de cinco; de 29 de mayo de 1995, con voto particular del mismo magistrado y adhesión de otro miembro de una Sala de cinco; de 10 de julio de 1995 (R. 5488), sobre indemnización por atención sanitaria insuficiente, en Sala General con voto particular del Excmo. Sr. Martín Valverde al que se adhieren otros cinco magistrados; de 30 de abril de 2002 (recursos 3007/2000 y 4240/2000), en ambos casos con voto particular del Excmo. Sr. Desdentado Bonete, al cual se adhieren los mismos seis magistrados; de 1 de octubre de 2002 (recurso 1309/2001), con voto particular del Excmo. Sr. Martín Valverde, al cual se adhieren otros dos magistrados; de 29 de abril de 2002 (recurso 1184/2001), con motivo del concepto de gestión recaudatoria de la Seguridad Social, y voto particular presentado por el Excmo. Sr. Martín Valverde, al cual se adhieren tres magistrados; o de 27 de mayo de 2002 (recurso 2591/2001), con voto particular del Excmo. Sr. Martín Valverde, al cual se adhieren dos magistrados.

⁵ Así, la muy importante STC 24/1989, de 7 de julio, sobre competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social y Estado de las Autonomías, contó con el voto particular del ponente y con otros dos votos particulares, con un total de seis magistrados discrepantes. En 2003 ha hubo otra sentencia sobre materia social con cambio de ponente.

⁶ Véase mi artículo "El voto particular masivo en las sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo", en VV.AA. (Sala, Ramírez y Borrajo, eds.), *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al profesor Dr. Fernando Suárez González*, La Ley, Madrid 2003, pp. 583-599.

2. PENSIÓN DE JUBILACIÓN EUROPEA ESPAÑA-HOLANDA Y COTIZACIÓN POR EDAD: SENTENCIA TS 25 DE JUNIO DE 2001, R. 1156/2000. CASACIÓN EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Contra todo pronóstico, dada la abundancia de recursos referidos a pensiones europeas que tenían como país extranjero a Alemania o a Francia, el caso de esta sentencia tiene como conexión europea a los Países Bajos; y en lugar de insertarse en el régimen común o general de los trabajadores de la industria y los servicios, alude al muy restrictivo régimen de los trabajadores del mar.

El marinero D. Carlos Miguel demandaba al Instituto Social de la Marina (ISM) en recurso de casación para unificación de la doctrina al discrepar en el cálculo de su pensión europea, causada por su trabajo desde 1947 en barcos de bandera española, y desde 1970 hasta 1988 en barcos holandeses, año en que quedó en situación de invalidez hasta 1995, cuando cumplió 65 años y solicitó la pensión de jubilación que aquí se discute. El ISM le computa 44 años cotizados entre España y Holanda, con un porcentaje a cargo de España del 28 % y un importe líquido de 23.012 pesetas mensuales, que al cambio actual son 138 euros. El recurrente solicitaba la aplicación, para las bases reguladoras superiores, de los salarios reales holandeses o de las bases medias españolas, así como la adición de los denominados años de cotización por edad, lo que redundaría en una modificación de la parte española de la pensión, que según sus cálculos se incrementaría hasta llegar al 57,9 % del total, y, en fin, a unas bases medias españolas del 42,6 %.

A juicio del TS, el problema de incorporar las cotizaciones “por edad” que se regulaban y se regulan todavía hoy en la Disposición Transitoria Segunda de las leyes reguladoras básicas que se han ido sucediendo en nuestro país (inicialmente la LGSS de 1966, después la LGSS de 1974, y hoy la LGSS del Real Decreto Legislativo 8/2015), Disposición Transitoria que vino desarrollada por la OM de 18 de enero de 1967 en su DT 2ª.3, todavía hoy vigente, consistía –el problema, digo, de incorporar las cotizaciones por edad–, en que para el período comprendido entre 1960 y 1967 tales normas asignaban un número de días que se consideraban *de iure* haber sido cotizadas, sumándose a las verificadas y probadas a virtud de los documentos oficiales de cotización. Estamos hablando de un tiempo en que aún no existía la Seguridad Social, sino los seguros sociales que en este caso eran el SOVI (Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, creado en 1939⁷), y aún antes, el Retiro Obrero, creado en 1919.

Por otro lado, una cuestión previa a la central del caso, la de que estábamos dentro del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar y no en el Régimen General, de lo cual cabría pensar que la especialidad impedía aplicar esta norma general en unos tiempos en que aún no habíamos llegado a un grado de unificación como el del presente, venía resuelta por el Decreto 1867/1970, regulador de este Régimen Especial, al remitirse éste a lo establecido en la DT 3ª LGSS, con la única excepción de que el momento de calcular las cotizaciones por edad se situaba en 1 de agosto de 1970, momento de la entrada en vigor del Régimen Especial del Mar, en lugar del 1 de enero de 1967, con lo cual el marinero D. Carlos Miguel se veía más beneficiado con estas cotizaciones teóricas o presuntas, añadiendo al monto de las reales la no despreciable cantidad de 13 años y 263 días de cotización⁸.

⁷ El Seguro de Vejez se crea en 1939, que pasa a adoptar el sistema de reparto donde antes había el de capitalización, y en los años posteriores se mejora, culminando en el Decreto de 18 de abril de 1947 con el SOVI, aunque esta norma “no introdujo cambios sustanciales”: CEINOS SUÁREZ A., “Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez”, en VV.AA. (García Murcia J. y Castro Arguelles M.A., dirs.), *Legislación históricade Previsión Social*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor 2009, p. 219.

⁸ Fundamento Jurídico 5º.

El ISM como recurrente había alegado en contra de su cómputo el hecho de tratarse de “cotizaciones ficticias” que no debían ser tenidas en cuenta para el cálculo de la pensión efectiva, pues ello parecía contradecir lo establecido en el Reglamento 1408/71, cuyo artículo 46 definía como períodos de seguro a los períodos de cotización definidos en cuanto tales por la legislación nacional aplicable, “así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de seguro”, y esta no demasiado clara equivalencia venía interpretada en sentido restrictivo por la Comisión Administrativa de Seguridad Social de los Migrantes.

Es en este momento donde la sentencia da un salto lingüístico y salva gracias a él el obstáculo, como ya antes en el caso de los interinos del sector público había hecho otra jurisprudencia del TS al hablar tan matizadamente de los “indefinidos no fijos”. Los períodos, dice nuestra sentencia, que se reconocen a virtud de la edad en la “Escala para abono de años y días de cotización, según edad”, contemplados en la Orden de 18 de enero de 1967, Disposición Transitoria 2ª, “no son propiamente cotizaciones teóricas o ficticias que se proyectan sobre previsiones posteriores al hecho causante, sino *cotizaciones estimadas* y correspondientes a un período de la carrera del seguro no solo notablemente anterior al hecho causante ... sino que precisamente por su alejamiento en el tiempo presentan sin duda dificultades de prueba ... como podría suceder en este caso, en el que constando la existencia de cotizaciones desde 1947 ... solo se han acreditado al actor 3.195 días”⁹.

Pero la utilización del concepto *cotizaciones estimadas* no suponen un salto en el vacío del TS simplemente como decisión “pro labor” en beneficio del trabajador. Digamos en su respaldo que se trata de una presunción jurídica de veracidad en base a indicios fragmentarios de cotizaciones que el legislador atiende como verosímiles para una época en que los elementos de prueba eran muy precarios y para la cual había hecho en la DT 3ª.2 LGSS una apuesta demasiado estricta al admitir como atendibles solo a los documentos oficiales de cotización. Por añadidura, hallábamos en el Reglamento 1408/71 indicios de que el legislador comunitario deseaba una aceptación holgada de los “períodos de seguro”, en donde se incluyen, no solo las cotizaciones realizadas previamente por el candidato, sino también otros períodos de empleo o de actividad por cuenta propia, “así como todos los períodos *asimilados* en la medida en que sean reconocidos por la legislación como equivalentes a los períodos de seguro” (art. 1.º Reglamento CEE 1408/71); el actual Reglamento CE 883/2004, que sustituye al acabado de citar en la coordinación de la Seguridad Social de los Estados miembros, añade aún los períodos de residencia exigidos para el otorgamiento de pensiones, tan habituales en países del norte europeo donde rige la distinción entre pensiones básicas y complementarias (art. 1.º y art. 6). Por todo ello, la coordinación europea de la Seguridad Social no es extraña en absoluto a los períodos *asimilados* –como los denomina– a esas carencias típicas cuando los reconoce como equivalentes a los períodos de seguro.

Detrás de la generosa aceptación de los períodos asimilados, o de cotizaciones estimadas, se halla una visión del hecho migratorio como potencialmente susceptible de perjuicios para el sujeto migrante: si bien la consideración como períodos asimilados queda en manos del legislador de cada Estado miembro, éstos no son completamente libres de ordenar los casos, como dice Kahil-Wolff, pues deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho de libertad de circulación¹⁰. En términos parecidos, la Sentencia TJE Barreira Pérez

⁹ Fundamento de Derecho Sexto.

¹⁰ KAHIL-WOLFF B., “Article 1”, en VV.AA. (FUCHS M. y CORNELISSSEN R., eds.), *EU Social Security Law. A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*, editoriales C.H.Beck,Hart,Nomos, Baden-Baden 2015, p. 66.

C-347/00, de 3 de octubre de 2002, afirma que el hecho de que ciertos períodos no sean considerados como relevantes, y por ello no tomados en consideración, puede penalizar a los migrantes cuya pensión dependa de la agregación de períodos¹¹.

Para terminar de completar los apoyos a la doctrina sentada por esta sentencia, aunque ella misma no haya visto la necesidad de manifestarlos, la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes ha indicado en su decisión H6 de 16 de diciembre de 2010 que el Estado, al determinar su cómputo, añadirá los períodos de carencia comunicados por otros Estados miembros “sin cuestionar su cualidad”, en base al principio de agregación contenido en el artículo 6 del Reglamento¹².

Hoy en día los solicitantes de pensiones que pueden aún alegar el sumatorio de edad no alcanzan sino un puñado de casos, puesto que el límite mínimo, de quienes tuvieran 21 años en 1967, corresponde a los que hoy (2021), tienen ya 79 años, una edad algo provechosa para solicitar la pensión de jubilación, aunque teóricamente factible, y que, dicho sea de paso, otorga al solicitante 250 días de cotizaciones *estimadas* adicionales.

La sentencia de la que era ponente el magistrado Desdentado no entraba a considerar otro aspecto muy candente para las pensiones de jubilación europeas y sobre el que se habían pronunciado y se pronunciarían numerosas sentencias del alto tribunal. Me refiero a la pervivencia o no de los anteriores Convenios bilaterales en lo referente al cálculo de las bases reguladoras de las pensiones, si aplicar como más favorable lo establecido en algunos de aquellos Convenios sobre aplicar las bases “ficticias” o medias del período cumplido en España antes de la salida para el país de acogida, o bien mantenerse en lo señalado por el Reglamento 1408, de aplicar las bases reales o remotas con sus actualizaciones, lo que daba resultados económicos inferiores. Así por ejemplo, la sentencia en unificación de doctrina TS de 1 de febrero de 2018 (R. 3062/2016) resuelve esta cuestión para un marino que había trabajado en España y Bélgica, y donde se daba la circunstancia de que las dos sentencias contempladas como contradictorias entendían aplicable el Convenio Bilateral con Bélgica o el Reglamento 1408/71. En la sentencia de unificación, el TS plantea de entrada la premisa de que se aplicará un Convenio Bilateral cuando establezca una normativa más favorable que la del Reglamento 1408/71, el cual defiende las bases reales o remotas, para lo cual se basa en la doctrina sentada por las sentencias TS de 15 de setiembre de 2010 (R. 43056/2009) y 31 de enero de 2011 (R. 714/2010). Y a continuación realiza una finta y entiende que se aplica al caso el Reglamento 1408/71 por la sencilla razón de que el Convenio Hispanobelga no habla de las bases remotas en su artículo 19 (“salarios comprobados durante el período de seguro cumplido en dicho país” –España–). No obstante, entiende que sí deben aplicarse en los casos oportunos otros Convenios bilaterales suscritos por España con otros Estados comunitarios, como el hispanoalemán de 4 de diciembre de 1973¹³; el hispanoholandés de 5 de febrero de 1974¹⁴; el hispanobritánico de 13 de setiembre de 1974¹⁵; o el hispanofrancés de 31 octubre

¹¹ Sentencia citada, §§ 40 y 41.

¹² Se refiere al Art. 6 del Reglamento 883/2004, a tenor del cual “Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine: - la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones, - la admisión a una legislación, o - el acceso o la exención del seguro obligatorio, voluntario o facultativo continuado, al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica”.

¹³ A tenor de las Sentencias TS 30 de setiembre de 2003 (R. 4459/2002) y 6 de octubre de 2004 (R. 3504/2003).

¹⁴ Conforme a Sentencias TS de 30 de setiembre de 2008, (R. 1044/2007) y 29 de setiembre de 2009 (R. 4519/2007), entre otras.

de 1974¹⁶, aunque no así el hispanosueco, después de verificar que el suscrito el 4 de febrero de 1983 no contiene una norma más ventajosa para los asegurados¹⁷. En lo cual reacciona de acuerdo con la mejor doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, expuesta en su sentencia Thévenon, a cuyo tenor la sustitución de las disposiciones de los Convenios de Seguridad Social celebrados entre Estados miembros por los Reglamentos comunitarios tiene carácter imperativo y no admite excepciones fuera de los casos expresamente mencionados en los Reglamentos, salvo en el supuesto de que dé lugar a que un trabajador pierda, como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento, ventajas de Seguridad Social que le otorgaban Convenios¹⁸.

3. PENSIÓN DE JUBILACIÓN EUROPEA ESPAÑA-ALEMANIA Y COTIZACIONES POR EDAD: SENTENCIA TS DE 12 DE JULIO DE 2004, R. 2236/2003. CASACIÓN EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Tres años después de la sentencia acabada de exponer, el TS dicta otra sentencia sobre igual motivo y con el mismo ponente, el magistrado Desdentado Bonete, la cual es relativamente breve y confirma la doctrina sentada por aquélla. La diferencia más importante consiste en los datos del recurrente, que en lugar de haber trabajado en Países Bajos como segundo país lo ha hecho en Alemania, y parece haber estado afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, y no al especial de marinos. Por lo demás, uno y otro de los trabajadores recurrentes han nacido en la misma década, los años treinta, y alegan un período de empleo en España bastante bajo, para el emigrante a Alemania de siete años—en Alemania había cotizado, en cambio, 35 años—, lo cual dejaba el porcentaje español de pensión en el 10,11% del total europeo. La legislación tampoco había cambiado, pues aunque el nuevo Reglamento comunitario de coordinación de la Seguridad Social 883/2004 se promulga en fecha anterior en pocos meses a la sentencia, ésta se rige por el Reglamento anterior, el 1408/71, pues el 883 no solo aplazó sus efectos, sino que el nuevo Anexo donde aparecían las peculiaridades de los diversos países, el XI, nació vacío de contenido y esperó a integrarse hasta la efectividad del Reglamento entero¹⁹.

Nuevamente el recurrente apela a la cotización *por edad* correspondiente a la época de los Seguros Sociales, en donde acreditaba, por la presunción legal de la DT 3 LGSS, nada menos que 8 años y 335 días más, elevando el porcentaje español hasta el 25,5% del total. Lo cual significa que ni el INSS ni la sentencia de instancia²⁰, habían aceptado tales cotizaciones “por edad” en el cálculo de las pensiones europeas por una aplicación muy restrictiva del concepto de períodos de seguro contemplado por el Reglamento CE 1408/71. Ahora el recurso se remite a la jurisprudencia creada a partir de las sentencias TS del año 2001 sobre el mismo tema en que había sido ponente el magistrado Desdentado Bonete, y que no solo estaba representada por la sentencia acabada de analizar en el epígrafe anterior, sino también por la que el recurso

¹⁵ A tenor de la Sentencia TS de 31 de enero de 2011 (R. 714/2010).

¹⁶ Doctrina de las Sentencias TS 20 de abril de 2010 (R. 1604/2009) y 15 de setiembre de 2010 (R. 4056/2009), entre otras.

¹⁷ Doctrina ya iniciada por la Sentencia TS de 25 de marzo de 2009 (R. 1144/2008).

¹⁸ Sentencia TJE de 9 de noviembre de 1995, C-475/93, Thévenon y la ciudad de Speyer contra Landesversicherungsanstalt Rheinland-Pfalz.

¹⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) no 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y se determina el contenido de su anexo XI, Bruselas 24 de enero de 2006, así como Reglamento (CE) n° 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de setiembre de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y se determina el contenido de sus anexos.

²⁰ El Juzgado Social n° 2 de Ciudad Real. La sentencia fue dictada en julio de 2001, un mes después de la del TS descrita en el comentario anterior.

cita como sentencia de contraste, de 15 de noviembre de 2001, de modo que ahora se limita a reiterar lo sentado por dichas sentencias, de que “el período de abono de años de cotización por edad no puede considerarse como una cotización teórica o ficticia a los efectos del artículo 46.2.b) del Reglamento 1408/1971, porque se trata de cotizaciones estimadas y correspondientes a períodos anteriores al hecho causante”²¹.

En resumidas cuentas, el recurrente obtiene una mejora de su pensión al quedar situada en las 23.384 pesetas mensuales, equivalentes a 141 euros al mes en la moneda actual.

El posterior Reglamento 883/2004 contiene un precepto más claro en el Anexo XI que establece: “En aplicación del artículo 56, apartado 1, letra c), del presente Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales de la persona durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. Cuando en el período de referencia a tener en cuenta para el cálculo de la cuantía de la pensión, deban ser computados períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, se utilizará para los mencionados períodos la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo. b) La cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de las revalorizaciones calculadas para cada año posterior, para las pensiones de la misma naturaleza.”

4. PENSIÓN DE VIUDEDAD CUANDO LA CAUSANTE NO COTIZÓ EN LOS QUINCE AÑOS ANTERIORES AL DECESO. SENTENCIA TS DE 13 DE DICIEMBRE DE 2012, R. 3640/2011. CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

La sentencia hace referencia, no a una pensión europea, sino a una pensión nacional cuya pertinencia viene resuelta por aplicación analógica de una *doctrina* europea. Por excepción a lo habitual, el solicitante de la pensión era el marido al ocurrir el fallecimiento de su esposa, en 2009, pero se daba la circunstancia de que ésta hacía tiempo que se hallaba percibiendo prestaciones no contributivas de invalidez provisional y desempleo y había cotizado por última vez en 1988, de manera que el INSS había denegado la pensión por no encontrarse la causante en situación de alta o asimilada, ni acreditar un período mínimo de cotización, ni haber cotizado dentro de los quince años anteriores al cese en el trabajo.

La normativa de esta pensión contemplaba una base reguladora de 24 meses ininterrumpidos, que debían ser elegidos por el solicitante de entre los quince años anteriores al fallecimiento²².

Los tribunales confirmaron la posición del ente, y el recurrente acude al TS con aportación de una sentencia de contraste, la del TSJ de Cataluña de 10 de junio de 2008 (R. 4767/10), donde, en un supuesto también de no cotización en los quince últimos años²³, se utilizaron al efecto las bases actualizadas de los 24 meses anteriores al cese, “conforme al criterio aplicable a los trabajadores en la Unión Europea”. Aun aceptando la existencia de

²¹ Fundamento de Derecho 2º *in fine*.

²² Se trataba del artículo 7.2 del RD 1646/1972, de 23 de junio, en la redacción dada por el RD 1975/2003, a cuyo tenor “La base reguladora de las pensiones por muerte y supervivencia, derivadas de contingencias comunes, será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegidos por los beneficiarios dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión”.

²³ Un viudo solicitaba la pensión causada por el fallecimiento de su esposa, que procedía de situaciones de invalidez provisional y desempleo, por lo cual se denegó dicha pensión por no hallarse la causante en situación de alta o asimilada, ni acreditar las cotizaciones necesarias, habiendo cotizado la esposa por última vez en 1988.

contraste y entrando en el caso, el TS va a aplicar ahora una sentencia de su propia doctrina y del mismo ponente, Desdentado Bonete, la de 21 de marzo de 2012 (R. 1677/2011), que había unificado el criterio del alto tribunal al respecto bajo unos fundamentos también europeos, pero de sentido distinto al de la sentencia del TSJ catalán. La sentencia unificadora del TS partía de un reconocimiento por el INSS de la pensión de viudedad, pero sin determinar la cuantía por no constar cotizaciones en los quince años anteriores al hecho causante, salvo las realizadas para jubilación, al ser el fallecido receptor del subsidio de desempleo para mayores de 52 años, y por no resultar aplicable el complemento por mínimos. Tampoco podía acudir a la integración de lagunas en la llamada doctrina del paréntesis porque ésta no se hallaba prevista para las prestaciones de muerte y supervivencia, como habían indicado las sentencias TS de 1 de octubre de 2002 y 20 de marzo de 2007.

Acudía entonces la sentencia unificadora a aceptar la existencia de la laguna normativa, y en lugar de cerrar el caso aduciendo que no se podía otorgar la prestación -y en cierto modo cabría decir que el tribunal se estaría negando a dictar justicia alegando que no hallaba base jurídica, lo que no le está permitido hacer-, utilizaba a la analogía con una figura establecida nada menos que en el Anexo VI del Reglamento comunitario 1408/71, referido a las modalidades particulares de aplicación de las legislaciones de ciertos Estados miembros, y en cuyo apartado D contenía las particularidades referidas a España. Pues bien, en el número 4 de dicho apartado se hallaba la doctrina aplicada por analogía en la caso de nuestra viudedad sin cotizaciones temporáneas; la sentencia de marzo de 2012 señala que la norma aplicable a los trabajadores migrantes consiste, según el Anexo

VI.D.4 citado, en tomar las bases de cotización durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española (las denominadas *bases remotas*), calcular en función de las mismas la cuantía de la pensión y aplicar a ésta las revalorizaciones que se hubieran producido hasta el año anterior al hecho causante²⁴. Cabría discutir el punto de partida, como seguramente haría alguno de los magistrados presentes en el debate, pero ninguno firmó un voto particular para que quede constancia de ello. Y digo cabría discutir, porque la sentencia afirma que había una regulación incompleta al reconocer el derecho a la pensión de viudedad sin exigir el requisito de alta o asimilación al alta y a renglón seguido establecer unos criterios de carencia que pudieran dejar a la titularidad sin contenido. “No existe el derecho a una prestación económica sin contenido cero”, dice lapidariamente la sentencia, “y por eso hay que concluir que si reconoce un derecho económico debe establecerse su contenido patrimonial”²⁵. Pero el argumento, si se analiza mejor, era innecesario y hasta errático: los derechos se otorgan bajo ciertos condicionantes materiales y formales, cuyo no cumplimiento incluso parcial inhabilita su ejercicio.

Hay un apéndice curioso en el argumentario de la sentencia donde se interioriza el debate existente en la Sala al respecto, a pesar de no haberse presentado ningún voto particular. Una línea más arriba, nuestra sentencia había afirmado que la posición de la Sala se había unificado con la sentencia de 21 de marzo de ese mismo año, en el sentido acabado de ver y con la rotunda afirmación de que se hizo mérito. Ahora, una vez terminada la dialéctica y planteada la aplicación analógica del Reglamento 1408/71, vuelve el texto sobre sus pasos para decir que en realidad la doctrina del TS no había sido unificada por la sentencia de marzo de ese mismo año, ya que había habido otra posterior, la de 15 de mayo de 2012 (R. 1904/2011), que había

²⁴ La sentencia *interpreta* en realidad, aunque fielmente, el sentido del precepto comunitario, que establece de la claridad de esa interpretación.

²⁵ Fundamento Jurídico 1.

aceptado la posición del INSS de base cero para un caso similar²⁶, sin admitir la doctrina del paréntesis. Ahora el TS señala que lo aplicable no es el paréntesis, cierto, pero porque hay otras analogía más fuerte o próxima con las bases remotas de los emigrantes, de las cotizaciones últimas antes de abandonar España, se hubieran producido cuando se hubieran producido. Si hubo unificación, esta sentencia última la había roto, podríamos concluir. Pero en el fondo hemos de admitir la validez de la posición del ponente, y de la Sala en su conjunto, cuando retornan a la doctrina primera, porque si tratamos de buscar analogías aplicables a un supuesto tan raquítico como el de denegar la pensión por no acreditar el causante cotizaciones próximas, la de los emigrantes viene como anillo al dedo porque ellos sí tienen esa posibilidad de acreditar las últimas cotizaciones hechas en España antes de partir hacia el país de acogida, que además no es la más favorable ni se aplica cuando existe un Convenio bilateral donde se exprese el criterio de las bases medias o teóricas.

El ponente Desdentado Bonete no causaba ningún roto a la hacienda de la Seguridad Social: el fallo se la sentencia acredita una pensión para el viudo de al menos 213 euros mensuales.

Bases remotas que sirven para otros problemas, como acabamos de ver, y que sin embargo aún se encuentran en discusión, tanto en el Tribunal de Justicia Europeo, donde se produce al respecto la sentencia de 28 de junio de 2017, INSS c. Crespo Rey C-2/17, como en el Tribunal Supremo, que se pronuncia en su sentencia de 14 de enero de 2020, R. 1424/2018 ya con el Anexo XI del Reglamento 883/2004 en plenos efectos.

²⁶ Ponente, magistrado Souto Prieto.