



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. JÁN MAZÁK
presentadas el 13 de septiembre de 2012¹

Asunto C-282/11

Concepción Salgado González
contra
Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)
y
Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)

(Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia)

«Petición de decisión prejudicial — Reglamento (CEE) n° 1408/71 — Pensión de jubilación —
Cálculo de las prestaciones»

I. Introducción

1. Mediante auto de 9 de mayo de 2011, recibido en el Tribunal de Justicia el 6 de junio de 2011, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia planteó al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971,² en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1791/2006 del Consejo, de 20 de noviembre de 2006³ (en lo sucesivo, «Reglamento n° 1408/71»), y del Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social,⁴ en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009⁵ (en lo sucesivo, «Reglamento n° 883/2004»).

2. Dichas cuestiones se formularon en el marco de un litigio entre la Sra. Salgado González, por una parte, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en lo sucesivo, «INSS») y la Tesorería General de la Seguridad Social (en lo sucesivo, «TGSS»), por otra, que versa sobre el cálculo de la pensión de jubilación de aquélla. El tribunal remitente pide que se dilucide si la aplicación de determinadas disposiciones del Reglamento n° 1408/71 o del Reglamento n° 883/2004, en relación con el artículo 162, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social, da lugar a una reducción indebida de la pensión de un trabajador migrante por cuenta propia.

1 — Lengua original: inglés.

2 — Reglamento relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98).

3 — Reglamento por el que se adaptan determinados reglamentos y decisiones en los ámbitos de la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas, el derecho de sociedades, la política de la competencia, la agricultura (incluida la legislación veterinaria y fitosanitaria), la política de transportes, la fiscalidad, las estadísticas, la energía, el medio ambiente, la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, la unión aduanera, las relaciones exteriores, la política exterior y de seguridad común y las instituciones, como consecuencia de la adhesión de Bulgaria y Rumanía (DO L 363, p. 1).

4 — DO L 166, p. 1.

5 — Reglamento por el que se modifica el Reglamento n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y se determina el contenido de sus anexos (DO L 284, p. 43).

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

3. El artículo 45, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71 dispone lo siguiente:

«Cuando, en virtud de un régimen [...], la legislación de un Estado miembro subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de que hayan sido cumplidos determinados períodos de seguro o de residencia, la institución competente de dicho Estado miembro tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con la legislación de cualquier otro Estado miembro, ya sea en un régimen general o especial, aplicable a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia. Para ello, tendrá en cuenta dichos períodos como si se tratara de períodos cumplidos de acuerdo con la legislación que aplique.»

4. El artículo 46, apartado 2, del Reglamento n° 1408/71 establece lo siguiente:

«En el supuesto de que sea preciso recurrir a lo dispuesto en el artículo 45 y/o en el apartado 3 del artículo 40 para satisfacer los requisitos exigidos por la legislación de un Estado miembro con el fin de tener derecho a las prestaciones, se aplicarán las reglas siguientes:

- a) la institución competente calculará la cuantía teórica de la prestación que el interesado podría obtener en el supuesto de que todos los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos de acuerdo con las diversas legislaciones de los Estados miembros a que haya estado sometido el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia hubieran sido cumplidos en el Estado miembro en que radique la institución de que se trate y de acuerdo con la legislación que ésta aplique en la fecha en que se liquide la prestación. Cuando, con arreglo a dicha legislación, la cuantía de la prestación sea independiente de la duración de los períodos cumplidos, dicha cuantía será considerada como la cuantía teórica objeto de la presente letra;
- b) a continuación, la institución competente determinará el importe efectivo de la prestación, prorrateando la cuantía teórica señalada en la letra a) entre la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con la legislación que ésta aplica, en relación con la duración total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados.»

5. El artículo 47, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71 preceptúa lo siguiente:

«Para el cálculo de la cuantía teórica y de la prorrata señalados en el apartado 2 del artículo 46, se aplicarán las reglas siguientes:

[...]

g) la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe atendiendo a una base de cotización media, determinará dicha base media en función, únicamente, de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado.»

6. El artículo 89 del Reglamento n° 1408/71 señala que las modalidades particulares de aplicación de las legislaciones de determinados Estados miembros se especifican en el anexo VI.

7. El punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI del Reglamento n° 1408/71 estipula lo siguiente:

- «a) En aplicación del artículo 47 del Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la seguridad social española.
- b) La cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe y revalorizaciones calculados para cada año posterior, para las pensiones de la misma naturaleza.»

8. El Reglamento n° 1408/71 fue derogado por el Reglamento n° 883/2004, con efectos a 1 de mayo de 2010, fecha de entrada en vigor de éste.

B. *Derecho nacional*

9. En virtud del artículo 161, apartado 1, letra b), de la Ley General de la Seguridad Social, para tener derecho a la pensión de jubilación es necesario, entre otros requisitos, tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años. El artículo 162, apartado 1, de dicha Ley prescribe que «la base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será el cociente que resulte de dividir por 210, las bases de cotización del interesado durante los 180 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante».

III. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

10. La Sra. Salgado González cotizó en España —en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos— del 1 de febrero de 1989 al 31 de marzo de 1999, por un total de 3.711 días, y en Portugal del 1 de marzo de 2000 al 31 de diciembre de 2005, por un total de 2.100 días.

11. La Sra. Salgado González solicitó una pensión de jubilación en España, que le fue concedida el 1 de enero de 2006. Al calcular la pensión de la Sra. Salgado González, el INSS sumó sus bases de cotización españolas del 1 de abril de 1984 al 31 de marzo de 1999, período correspondiente a los quince años inmediatamente anteriores al pago de su última cotización a la seguridad social española. A continuación, el INSS dividió esas bases de cotización entre 210 (divisor correspondiente al número de cotizaciones mensuales ordinarias y de cotizaciones anuales extraordinarias efectuadas durante 180 meses o quince años), de acuerdo con el artículo 162, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social. De este modo se obtuvo la base reguladora. Dado que la Sra. Salgado González no comenzó a cotizar a la seguridad social española hasta el 1 de febrero de 1989, el INSS computó a cero las bases de cotización del período comprendido entre el 1 de abril de 1984 y el 31 de enero de 1989,⁶ reduciendo así la base reguladora.

12. La base reguladora de la Sra. Salgado González quedó fijada finalmente en 336,83 euros mensuales.⁷

6 — El tribunal remitente señala que la legislación española cuenta con un mecanismo de integración de lagunas establecido en el artículo 162, apartado 2, de la Ley General de la Seguridad Social, que permite cubrir con bases mínimas de cotización los períodos en los cuales no hubiese existido obligación de cotizar. Sin embargo, este mecanismo no es aplicable, como puede deducirse de la disposición adicional octava, apartado 4, de dicha Ley, a los trabajadores por cuenta propia, como es el caso de la Sra. Salgado González.

7 — El 8 de enero de 2007, la Sra. Salgado González alegó que la base reguladora de su pensión debía fijarse en 864,14 euros mensuales. Del auto de remisión y de lo afirmado por el INSS y la TGSS ante el Tribunal de Justicia parece desprenderse —extremo este que deberá comprobar el tribunal remitente— que la alegación de la Sra. Salgado González se basaba, en particular, en las cotizaciones que había efectuado en Portugal del 1 de enero de 1991 al 31 de diciembre de 2005.

13. Así pues, la base reguladora para el período comprendido entre el 1 de abril de 1984 y el 31 de marzo de 1999 se redujo aplicando un coeficiente del 53 %, ⁸ correspondiente a los años de cotización de la Sra. Salgado González, ⁹ y otro del 63,86 %, correspondiente a la prorrata del tiempo cotizado en España. ¹⁰

14. Una vez agotada la vía administrativa previa, la Sra. Salgado González presentó una demanda en el Juzgado de lo Social n° 3 de Ourense, en reclamación de diferencias en la pensión de jubilación. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda y la Sra. Salgado González interpuso recurso de suplicación ante el tribunal remitente.

15. El tribunal remitente señala en su auto que, para determinar la base reguladora, el INSS se basó en la aplicación combinada del punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI del Reglamento n° 1408/71 y del artículo 162, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social, aplicación combinada respecto de la que ese tribunal alberga dudas.

16. Según el tribunal remitente, aunque no hay duda de que las cotizaciones portuguesas de la Sra. Salgado González no pueden computarse para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación española, ¹¹ se suscita la cuestión de si el cálculo realizado por el INSS es correcto o se ha producido una reducción indebida, que la Sra. Salgado González denomina doble prorrata, en su derecho a la pensión de jubilación.

17. El INSS, al aplicar tanto el punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI del Reglamento n° 1408/71 como el artículo 162, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social, suma las cotizaciones efectivas del asegurado durante los quince años inmediatamente anteriores a la última cotización a la seguridad social española, dividiendo el resultado entre 210.

18. No obstante, el tribunal remitente subraya que en el punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI del Reglamento n° 1408/71 no se hace referencia alguna al período de quince años, ni tampoco al divisor 210, que proceden del artículo 162, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social.

19. El tribunal remitente considera que, ante tal situación, caben tres interpretaciones.

20. La primera interpretación posible es la sostenida por el INSS, la cual, en opinión del tribunal remitente, no se ajusta a las garantías de la libre circulación de los trabajadores en relación con las prestaciones sociales, conforme al artículo 48 TFUE, ni a la igualdad de trato de los trabajadores migrantes y no migrantes, conforme al artículo 3 del Reglamento n° 1408/71, y ello por tres razones.

8 — Obteniéndose así la cuantía teórica de la prestación.

9 — De los documentos remitidos al Tribunal de Justicia parece inferirse —y es ésta una cuestión que deberá verificar el tribunal remitente— que el tipo del 53 % se calculó sobre la base de los dieciséis años que la Sra. Salgado González trabajó en España y en Portugal. Un 50 % corresponde a los primeros quince años de cotización y un 3 % al decimosexto año.

10 — De los documentos obrantes en el Tribunal de Justicia parece desprenderse —incumbe al tribunal remitente comprobarlo— que el 63,86 % corresponde a los 3.711 días (del 1 de febrero de 1989 al 31 de marzo de 1999) que la Sra. Salgado González trabajó en España, de un total de 5.811 días (3.711 + 2.100) que trabajó en España y en Portugal, del 1 de febrero de 1989 al 31 de diciembre de 2005. Véase el artículo 46, apartado 2, letra b), del Reglamento n° 1408/71.

11 — Véanse las sentencias de 12 de septiembre de 1996, Lafuente Nieto (C-251/94, Rec. p. I-4187); de 9 de octubre de 1997, Naranjo Arjona y otros (C-31/96 a C-33/96, Rec. p. I-5501), y de 17 de diciembre de 1998, Grajera Rodríguez (C-153/97, Rec. p. I-8645).

21. A este respecto, el tribunal remitente estima que utilizar para los trabajadores migrantes el divisor 210 aunque sean inferiores a quince los años cotizados en España, los sitúa en un plano de desigualdad con respecto a los trabajadores no migrantes cotizantes en España. Esta desigualdad se origina porque, a igual esfuerzo cotizatorio con un trabajador no migrante cotizante en España, el trabajador migrante –al repartir ese esfuerzo cotizatorio entre España y otro Estado miembro– tendrá una base reguladora tanto más inferior cuanto menos haya cotizado en España (y además sufrirá la reducción por la correspondiente prorata *temporis*).

22. El tribunal remitente considera que ello no garantiza el objetivo de que «el trabajador migrante no debe sufrir una reducción de la cuantía de la prestación que habría obtenido si no fuera migrante».¹²

23. Asimismo, a juicio del tribunal remitente, cuanto más cotice un trabajador migrante en otro Estado miembro de la Unión Europea, menos tiempo dispone de su vida laboral para incrementar sus cotizaciones españolas, únicas computables según el punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI del Reglamento n° 1408/71. Así, el período de quince años a que se alude en el artículo 162, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social crea otra diferencia con el trabajador no migrante cotizante en España, quien dispone de toda su vida laboral para llenar ese período de quince años. Se dificulta, en suma, al trabajador migrante comunitario el acceso a una pensión de jubilación de una cuantía acorde con su esfuerzo cotizatorio, en relación con el trabajador no migrante cotizante en España.

24. Además, según el tribunal remitente, puesto que se deja en manos del legislador español interno un elemento trascendental para la libre circulación de los trabajadores, legislador que puede ampliar el período establecido en el artículo 162, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social,¹³ el divisor de la suma de las cotizaciones españolas a tener en cuenta para trabajadores migrantes podría incrementarse de nuevo, sufriendo otra reducción su pensión.

25. El tribunal remitente estima que es dable otra interpretación que resulta más conforme con los objetivos comunitarios. Arguye que el punto 4, letra a), de la sección H, relativa a España, del anexo VI del Reglamento n° 1408/71, cuando preceptúa que «el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la seguridad social española», debe entenderse en el sentido de que establece un modo específico de cálculo según el cual se sumarán las bases de cotización reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la seguridad social española, y el resultado de dicha suma se dividirá entre el número de años en que se hayan realizado.

26. El tribunal remitente subraya que, si se aplicara al caso de autos la interpretación expuesta en el precedente punto 25, las cotizaciones realizadas por la Sra. Salgado González en España no se dividirían entre 210, sino entre los años que cotizó en España, es decir, los años comprendidos entre el 1 de febrero de 1989 y el 31 de marzo de 1999.

27. El tribunal remitente afirma que cabría aún otra interpretación, aunque determinara una base reguladora inferior a la resultante de la aplicación de la anterior interpretación mencionada en los puntos 25 y 26 *supra*. Tal interpretación consistiría en cubrir el período de cotización en Portugal con la base de cotización en España que más se aproxime en el tiempo a ese período de tiempo, teniendo en cuenta la evolución de los precios al consumo, según establece el apartado 2, letra a), de la parte relativa a España del anexo XI del Reglamento n° 883/2004, que es una regla novedosa no contemplada en el punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI del Reglamento n° 1408/71. El tribunal remitente considera que se trataría de una aplicación analógica, en primer

12 — Véase la sentencia Lafuente Nieto, citada en la nota 11, apartado 38.

13 — Como hizo, de hecho, en 1985, cuando dicho período pasó de dos a ocho años, y en 1997, cuando se aumentó de ocho a quince años.

lugar, porque el apartado 2, letra a), de la parte relativa a España del anexo XI del Reglamento n° 883/2004 no es aplicable *ratione temporis* en el caso de autos, y, en segundo lugar, porque el apartado 2, letra a), de la parte relativa a España del anexo XI del Reglamento n° 883/2004 –en los mismos términos que su antecedente, el punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI del Reglamento n° 1408/7– establece que «el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la seguridad social española», y, en el caso de autos, los períodos de seguro cubiertos en Portugal son inmediatamente posteriores –no inmediatamente anteriores– a la última cotización hecha en España.

28. En atención a las consideraciones anteriores, el tribunal remitente decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuatro cuestiones prejudiciales siguientes:

«Primero: “¿Resulta conforme con los objetivos comunitarios recogidos en el artículo 48 [TFUE] y en el artículo 3 del [Reglamento n° 1408/71], y con la propia literalidad del [punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI del Reglamento n° 1408/71], interpretar dicho [anexo] en el sentido de que, para el cálculo de la prestación teórica española [efectuado] sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, la suma así obtenida se dividirá entre 210, al ser éste el divisor establecido para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de conformidad con el artículo 162.1 de la Ley General de la Seguridad Social?”

Segundo (en el caso de respuesta negativa a la primera cuestión): “¿Resulta conforme con los objetivos comunitarios recogidos en el artículo 48 [TFUE] y en el artículo 3 del [Reglamento n° 1408/71], y con la propia literalidad del [punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI del Reglamento n° 1408/71], interpretar dicho [anexo] en el sentido de que, para el cálculo de la prestación teórica española [efectuado] sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, la suma así obtenida se dividirá entre el número de años cotizados en España?”

Tercero (en el caso de respuesta negativa a la segunda cuestión y cualquiera que sea la respuesta a la primera cuestión, sea positiva o sea negativa): “¿Resulta analógicamente aplicable, en el caso dilucidado en las presentes actuaciones, el [apartado 2, letra a), de la parte relativa a España del anexo XI del Reglamento n° 883/2004], con la finalidad de satisfacer los objetivos comunitarios recogidos en el artículo 48 [TFUE] y en el artículo 3 del [Reglamento n° 1408/71], y, a consecuencia de esa aplicación, cubriendo el período de cotización en Portugal con la base de cotización en España que más se aproxime en el tiempo a ese período de tiempo, teniendo en cuenta la evolución de los precios al consumo?”

Cuarto (en el caso de respuesta negativa a la primera, a la segunda y a la tercera cuestión): “¿Cuál sería, de no resultar total o parcialmente correctas ninguna de las interpretaciones sostenidas con anterioridad, la interpretación del [punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI del Reglamento n° 1408/71] que, siendo útil para la resolución del litigio dilucidado en las presentes actuaciones, es más conforme con los objetivos comunitarios recogidos en el artículo 48 [TFUE] y en el artículo 3 del [Reglamento n° 1408/71], y con la propia literalidad del [punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI del Reglamento n° 1408/71]?”»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

29. Han formulado observaciones escritas el INSS y la TGSS, conjuntamente, así como el Reino de España y la Comisión. Todos ellos fueron oídos asimismo en la vista celebrada el 24 de mayo de 2012.

V. Apreciación

30. Con carácter liminar, debe determinarse si cabe aplicar el Reglamento n° 1408/71 o el Reglamento n° 883/2004 al derecho a la pensión española de la Sra. Salgado González. De los documentos remitidos al Tribunal de Justicia resulta que la Sra. Salgado González tenía derecho a reclamar una pensión de jubilación en España a partir del 1 de enero de 2006.¹⁴ Dado que el Reglamento n° 883/2004 no entró en vigor hasta el 1 de mayo de 2010¹⁵ y que nada en los documentos de que dispone el Tribunal de Justicia indica que la Sra. Salgado González solicitara la revisión de su derecho a la pensión española de acuerdo con el régimen transitorio previsto, en particular, en el artículo 87, apartado 5, del Reglamento n° 883/2004, considero que el Reglamento n° 1408/71 es aplicable *ratione temporis* a los hechos del litigio principal. Además, he de señalar que, si bien las cuatro cuestiones prejudiciales del tribunal nacional se refieren al artículo 48 TFUE, en mi opinión el artículo 42 CE es aplicable a los hechos del litigio principal, habida cuenta de la fecha en que se concedió a la Sra. Salgado González una pensión española.¹⁶

31. Con carácter preliminar, procede recordar que el Reglamento n° 1408/71 no establece un sistema común de seguridad social, sino que permite la existencia de diversos sistemas nacionales de seguridad social, y su único objetivo es garantizar la coordinación de tales sistemas. En consecuencia, a falta de armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar, en primer lugar, los requisitos del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de seguridad social y, en segundo lugar, los requisitos para causar derecho a las prestaciones. No obstante, al ejercer esta facultad, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión y, en particular, las disposiciones del Tratado CE que conceden a todo ciudadano de la Unión el derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros.¹⁷

32. La Sra. Salgado González puede totalizar sus períodos de seguro en España y en Portugal con arreglo, en particular, al artículo 45 del Reglamento n° 1408/71, teniendo así derecho a una pensión en España.¹⁸ El litigio principal se refiere al método de cálculo y, por tanto, a la cuantía de la pensión de jubilación de la Sra. Salgado González en España.

33. La cuantía de la pensión de jubilación de la Sra. Salgado González en virtud del Derecho español depende, en primer lugar, según el artículo 162, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social, de su base reguladora, que es la media de sus bases de cotización en el período de referencia de 180 meses o de quince años y, en segundo lugar, conforme al artículo 163 de la Ley General de la Seguridad Social, de la duración del período cotizado.

14 — Véase el punto 11 *supra*.

15 — Con la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento n° 883/2004 (DO L 284, p. 1). Véase el artículo 91 del Reglamento n° 883/2004. El Reglamento n° 1408/71 fue derogado esa misma fecha. Véase el artículo 90, apartado 1, del Reglamento n° 883/2004.

16 — El tenor literal del artículo 48 TFUE es algo diferente al del artículo 42 CE (anteriormente, artículo 51 del Tratado CEE). Resaltaré el hecho de que el artículo 48 TFUE confiere al Parlamento y al Consejo la potestad concreta de adoptar medidas en materia de seguridad social con respecto a los trabajadores por cuenta propia. Conforme al artículo 42 CE, el Consejo ha adoptado tales medidas con respecto a los trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, procede recordar que lo dispuesto por el Reglamento n° 1408/71 se hizo extensivo a los trabajadores por cuenta propia mediante el Reglamento (CEE) n° 1390/81 del Consejo, de 12 de mayo de 1981, por el que se amplía a los trabajadores no asalariados y a los miembros de su familia el Reglamento n° 1408/71 (DO L 143, p. 1). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en asuntos relativos a trabajadores por cuenta ajena menciona con frecuencia la necesidad de interpretar el Reglamento n° 1408/71 a la luz del artículo 42 CE y de sus objetivos. Considero que, tras la adopción del Reglamento n° 1390/81, cuando una disposición del Reglamento n° 1408/71 sea aplicable a ambas categorías de trabajadores migrantes —por cuenta ajena y por cuenta propia—, la referencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la necesidad de interpretar tal disposición a la luz del artículo 42 CE y de sus objetivos vale también, *mutatis mutandis*, para los trabajadores migrantes por cuenta propia.

17 — Véase, por analogía, la sentencia de 21 de julio de 2011, Stewart (C-503/09, Rec. p. I-6497), apartados 75 a 77 y la jurisprudencia citada.

18 — Véase el punto 9 *supra*, en el que se destaca que el artículo 161, apartado 1, letra b), de la Ley General de la Seguridad Social requiere el pago de cotizaciones durante quince años como mínimo para tener derecho a una pensión de jubilación en virtud del Derecho español. Un Estado miembro no sólo tiene derecho a imponer un período carencial para causar derecho a una pensión prevista por la legislación nacional, sino también a determinar la naturaleza de los períodos de seguro que pueden tenerse en cuenta a dicho efecto, siempre que, de conformidad con el artículo 45 del Reglamento n° 1408/71, los períodos cubiertos con arreglo a la legislación de cualquier otro Estado miembro también se tomen en consideración en las mismas condiciones que si hubiesen sido cubiertos de acuerdo con la legislación nacional. Véase la sentencia de 3 de marzo de 2011, Tomaszewska (C-440/09, Rec. p. I-1033), apartado 31.

34. En lo que atañe a la duración del período cotizado, según el auto de remisión, la base reguladora de la Sra. Salgado González se redujo aplicándole el 53 %, correspondiente a sus dieciséis años de cotización en España y en Portugal, de un máximo posible de treinta y cinco años que prevé el Derecho español. Al parecer, no se ha objetado en el litigio principal tal reducción.

35. Es el modo de calcular la media de las cotizaciones de la Sra. Salgado González en el período de referencia de 180 meses o de quince años lo que es objeto de controversia en el litigio principal.¹⁹ El tribunal nacional ha planteado una serie de cuestiones atinentes a la división entre 210 de las cotizaciones de la Sra. Salgado González durante los años inmediatamente anteriores al pago de su última cotización a la seguridad social española (período comprendido entre el 1 de abril de 1984 y el 31 de marzo de 1999), teniendo en cuenta concretamente que no cotizó del 1 de abril de 1984 al 31 de enero de 1989.

36. A mi manera de ver, dado que el derecho de la Sra. Salgado González a una pensión de jubilación en España se satisface totalizando sus períodos de seguro en España y en Portugal, resulta aplicable el artículo 46, apartado 2, del Reglamento n° 1408/71.²⁰ Este artículo establece el método para calcular la cuantía teórica de la prestación de la Sra. Salgado González y la cuantía efectiva de la misma que finalmente le corresponde. Tal método se conoce como sistema de totalización y prorrateo.²¹

37. A tenor del artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento n° 1408/71, la institución competente debe calcular la cuantía teórica de la prestación que el interesado podría obtener en el supuesto de que todos los períodos de seguro cumplidos de acuerdo con las diversas legislaciones de los Estados miembros hubieran sido cumplidos en el Estado miembro de que se trate. A continuación, la institución competente determina, conforme a la letra b) de dicho precepto, el importe efectivo de la prestación, prorrateando la cuantía teórica entre la duración de los períodos de seguro cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con la legislación que aplique, en relación con la duración total de los períodos de seguro cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados.²²

38. En lo tocante a la aplicación del artículo 46, apartado 2, letra b), del Reglamento n° 1408/71, relativo al prorrateo de la carga de la prestación teórica de la Sra. Salgado González entre España y Portugal, parece ser que no se cuestiona en el litigio principal la reducción de la base reguladora de la Sra. Salgado González aplicando un porcentaje del 63,86 %, correspondiente a la «prorrata»²³ de la duración del tiempo que trabajó en España en relación con la duración total del período de seguro en España y en Portugal, del 1 de febrero de 1989 al 31 de diciembre de 2005.

39. Del auto de remisión y de las cuatro cuestiones prejudiciales, que examinaré conjuntamente, se desprende que el tribunal remitente pide esencialmente que se determine cómo debe calcularse la cuantía teórica de la pensión de la Sra. Salgado González conforme al artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento n° 1408/71.

19 — El INSS y la TGSS han alegado ante el Tribunal de Justicia que, con la promulgación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, el período a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora se verá incrementado gradualmente desde 2013 hasta 2027, fecha en que la fórmula de cálculo de la base reguladora será el cociente que resulte de dividir entre 350 las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante. Según el INSS y la TGSS, la finalidad de incrementar el período de referencia es, por un lado, asegurar la sostenibilidad financiera del sistema y, por otro, atender a criterios de equidad de manera que la pensión de jubilación contributiva se ajuste en su cuantía al esfuerzo de cotización realizado por el trabajador.

20 — Es jurisprudencia consolidada que la cuestión de la adquisición del derecho a la pensión de jubilación está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 45, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71, mientras que las reglas sobre el cálculo de la cuantía de las prestaciones se establecen en los artículos 46 y siguientes de dicho Reglamento. Véanse, en este sentido, la sentencia de 9 de diciembre de 1993, Lepore y Scamuffa (C-45/92 y C-46/92, Rec. p. I-6497), apartado 13, y la sentencia Lafuente Nieto, citada en la nota 11, apartado 49.

21 — Véase la sentencia de 21 de marzo de 1990, Cabras (C-199/88, Rec. p. I-1023), apartado 5.

22 — Véase la sentencia de 18 de febrero de 1992, Di Prinzio (C-5/91, Rec. p. I-897), apartados 41 y 49.

23 — Véase la sentencia Di Prinzio, citada en la nota 22, apartados 51 y ss.

40. La cuantía teórica de la pensión de la Sra. Salgado González ha de calcularse, con arreglo al artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento n° 1408/71, como si hubiera trabajado exclusivamente en España.²⁴ El objeto de esta disposición es reconocer a la Sra. Salgado González la cuantía teórica máxima que pudiera corresponderle de haber cumplido en España todos los períodos de seguro.²⁵

41. El artículo 47, apartado 1, letra g), del Reglamento n° 1408/71 establece reglas adicionales para calcular la cuantía teórica señalada en el artículo 46, apartado 2, letra a), de dicho Reglamento y comprende un sistema para calcular la pensión de jubilación mediante una base media de cotización, como prevé la legislación española.²⁶ Además, según el punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI del citado Reglamento,²⁷ que clarifica las reglas concretas establecidas en el artículo 47, apartado 1, letra g), del mismo Reglamento, y según la jurisprudencia consolidada en la materia, en una situación como la controvertida en el litigio principal y tal como señaló acertadamente el tribunal nacional, la cuantía teórica de la pensión de la Sra. Salgado González debe determinarse teniendo en cuenta únicamente las cotizaciones que efectivamente pagó conforme a la legislación española, sin perjuicio de su actualización y revalorización, para que se corresponda con lo que habría pagado de haber seguido trabajando en las mismas condiciones en España.²⁸ Asimismo, la base media de cotización con arreglo al artículo 47, apartado 1, letra g), del referido Reglamento, tal como se expone en el punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI de ese Reglamento, debe determinarse computando únicamente los períodos de seguro cumplidos en virtud de la legislación de que se trate,²⁹ en este caso la legislación española.

42. Constituye jurisprudencia bien asentada que el artículo 47, apartado 1, letra g), del Reglamento n° 1408/71 debe interpretarse a la luz del artículo 46, apartado 2, letra a), de dicho Reglamento y del objetivo fijado por el artículo 42 CE, que implica concretamente que los trabajadores migrantes no deben sufrir una reducción de la cuantía de las prestaciones de seguridad social por el hecho de haber ejercitado su derecho a la libre circulación.³⁰

43. En el caso de autos, debe hacerse hincapié en que, a pesar de que la Sra. Salgado González cotizó por un período de dieciséis años,³¹ período ciertamente superior al período de referencia de 180 meses establecido en el artículo 162, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social, el cálculo de su cotización media incluyendo, en el período de referencia considerado respecto de ella, el período comprendido entre el 1 de abril de 1984 y el 31 de marzo de 1999, daba lugar a una reducción

24 — Véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2002, Barreira Pérez (C-347/00, Rec. p. I-8191), apartado 28.

25 — Sentencia de 21 de julio de 2005, Koschitzki (C-30/04, Rec. p. I-7389), apartado 28. Véase asimismo la sentencia de 26 de junio de 1980, Menzies (793/79, Rec. p. 2085), apartados 10 y 11.

26 — Véase la sentencia Naranjo Arjona y otros, citada en la nota 11, apartado 19. Véase asimismo, por analogía, la sentencia de 29 de noviembre de 1984, Weber (181/83, Rec. p. 4007), apartado 14.

27 — Esta disposición no modifica el contenido del artículo 47, apartado 1, letra g), del Reglamento n° 1408/71 y sólo tiene por objeto asegurar su compatibilidad con los principios enunciados en el artículo 42 CE. Véase la sentencia Grajera Rodríguez, citada en la nota 11, apartado 20.

28 — Véanse la sentencia Naranjo Arjona y otros, citada en la nota 11, apartados 21 y 22, y la sentencia Grajera Rodríguez, citada en la nota 11, apartado 19.

29 — En la sentencia Grajera Rodríguez, citada en la nota 11, el Tribunal de Justicia declaró que la toma en consideración del período durante el que un trabajador migrante no ha cotizado realmente a un régimen nacional particular de seguridad social y que, además, ya había sido tenido en cuenta conforme a la legislación de otro Estado miembro en el que el interesado había trabajado infringía el artículo 47, apartado 1, letra g), del Reglamento n° 1408/71. Así, en efecto, el Tribunal de Justicia desestimó la alegación del Sr. Grajera Rodríguez de que los importes que se le habían abonado en otro Estado miembro durante los años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante deberían tenerse en cuenta.

30 — Véase la sentencia Lafuente Nieto, citada en la nota 11, apartado 33. Esto implica que la base media de cotización, calculada con arreglo al artículo 47, apartado 1, letra g), del Reglamento n° 1408/71, sea para el trabajador migrante la misma que si no hubiera ejercitado su derecho a la libre circulación. Véase la sentencia Naranjo Arjona y otros, citada en la nota 11, apartado 21.

31 — Véanse los puntos 10 y 11 *supra*.

considerable de la cuantía teórica de su prestación conforme al artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento n° 1408/71 y, en última instancia, de su pensión efectiva. Esta reducción se debía a que, durante el período comprendido entre el 1 de abril de 1984 y el 31 de enero de 1989,³² la Sra. Salgado González no efectuó ninguna cotización a la seguridad social española.³³

44. A la luz del artículo 46, apartado 2, letra a), y del artículo 47, apartado 1, letra g), del Reglamento n° 1408/71, así como del punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI de dicho Reglamento, y con objeto de asegurar que la Sra. Salgado González no sufra ninguna reducción en la cuantía de su pensión por el hecho de haber ejercitado su derecho a la libre circulación, considero que, dado que aquélla cotizó en España y en Portugal por un período que excede de los 180 meses del período establecido en el artículo 162, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social, su base reguladora debe calcularse como la media de sus bases de cotización efectivas en España durante el período comprendido entre el 1 de febrero de 1989 y el 31 de marzo de 1999. Sin embargo, el divisor 210 debe adaptarse para tener en cuenta el hecho de que la Sra. Salgado González ejercitó su derecho a la libre circulación, reflejando así el número de cotizaciones mensuales ordinarias y de cotizaciones anuales extraordinarias efectuadas por la Sra. Salgado González en España del 1 de febrero de 1989 al 31 de marzo de 1999.

45. El INSS y la TGSS alegan que la posibilidad de calcular la pensión de un trabajador migrante teniendo en cuenta la fecha de la última cotización en España, en lugar de la fecha del hecho causante, sin modificar el número de meses a considerar (180 meses), no sólo no es discriminatorio sino más justo, pues de otra manera los períodos de cotización a tener en cuenta serían muy limitados. El INSS y la TGSS señalan en sus observaciones escritas la gran flexibilidad de que disfrutaban tales trabajadores para elegir el nivel de cotización que desean pagar conforme al Derecho español y la posibilidad real que tienen de suspender su obligación de cotizar. De este modo, cuando un trabajador por cuenta propia no cotiza, la laguna se computa a cero.³⁴ Además, el INSS y la TGSS aducen que el alcance de la libre circulación de los trabajadores es diferente según se trate de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia. La legislación sobre seguridad social de un Estado miembro puede ser una de las razones que lleve a un trabajador por cuenta propia a establecerse en otro Estado miembro. Así pues, el ejercicio del derecho a la libre circulación puede afectar a la cuantía de la pensión de un trabajador por cuenta propia cuando la legislación del Estado miembro no toma en consideración los períodos en que no se cotiza. Ello no es contrario al principio de igualdad ni a la libre circulación de los trabajadores. En la vista celebrada el 24 de mayo de 2012, el INSS y la TGSS mencionaron la posibilidad que tiene el trabajador por cuenta propia de manipular el sistema español de la seguridad social ejercitando su derecho a la libre circulación.

46. El artículo 162, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social tiene por objeto que se calcule una media o cantidad representativa respecto de las bases de cotización de un trabajador en España durante un período de referencia. Considero que, si bien la aplicación –mencionada en el punto 44 *supra*– de lo dispuesto en el artículo 46, apartado 2, letra a), y en el artículo 47, apartado 1, letra g), del Reglamento n° 1408/71, así como en el punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI de dicho Reglamento, sobre el cálculo de la cuantía teórica de las prestaciones puede, aunque no necesariamente,³⁵ dar lugar a que se tenga en cuenta en España un período de cotización limitado al determinar la base reguladora de un trabajador migrante, no logro atisbar que se deriven desventajas claras o insoslayables para ese trabajador. A este respecto, se ha de recalcar que la cuantía teórica de

32 — Período que comprende cuatro años y diez meses.

33 — Véase el punto 11 *supra*, en el que se señala que la Sra. Salgado González no comenzó a cotizar a la seguridad social española hasta el 1 de febrero de 1989.

34 — En el caso de los trabajadores por cuenta ajena tales lagunas se integran con una cantidad equivalente a la base mínima de cotización.

35 — En efecto, ello dependerá de la situación particular de cada trabajador migrante. En cualquier caso, por lo que se refiere a los hechos concretos del caso de autos, la Sra. Salgado González cotizó en España del 1 de febrero de 1989 al 31 de marzo de 1999, así pues por un período superior a diez años, período que me parece de una duración suficiente como para obtener una cotización media o representativa.

la pensión de la Sra. Salgado González se redujo mediante prorrata, conforme al artículo 46, apartado 2, letra b), del citado Reglamento, a fin de reflejar el hecho de que había ejercitado su derecho a la libre circulación y no había cotizado en España con posterioridad al 31 de marzo de 1999.³⁶

47. En mi opinión, si no se realiza tal adaptación en el divisor se impedirá en gran medida el derecho a la libre circulación del trabajador por cuenta propia.³⁷ Asimismo, en contra de lo alegado por el Reino de España, la reducción de la cuantía teórica de la Sra. Salgado González conforme a la legislación española y la utilización de un divisor, correspondiente al número de cotizaciones mensuales ordinarias y de cotizaciones anuales extraordinarias efectuadas durante el período de referencia, que no tiene en cuenta el hecho de que aquélla ejercitó su derecho a la libre circulación, no se compensan por el hecho de que percibirá una pensión en otro Estado miembro. Considero que semejante alegación no tiene en cuenta la aplicación de lo dispuesto en el artículo 46, apartado 2, letra a), y en el artículo 46, apartado 2, letra b), del Reglamento n° 1408/71 respecto del cálculo de pensiones en todos los Estados miembros afectados, y pasa por alto la clara diferencia metodológica en el cálculo de la cuantía teórica y de la cuantía efectiva de la prestación que prevén tales disposiciones.

48. Por lo que se refiere a la alegación del INSS y de la TGSS de que el alcance de la libre circulación de los trabajadores es diferente según se trate de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, la misma debe rechazarse habida cuenta de las disposiciones legales aplicables en el contexto fáctico del litigio principal, como señaló el tribunal remitente. A este respecto, lo dispuesto en el artículo 46, apartado 2, letra a), y en el artículo 47, apartado 1, letra g), del Reglamento n° 1408/71, así como en el punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI de dicho Reglamento, sobre el cálculo de la cuantía teórica de una prestación es igualmente aplicable a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia.³⁸

49. Al parecer, y ello deberá ser comprobado por el tribunal remitente, en el sistema español de seguridad social, el nivel de la pensión de un trabajador por cuenta propia refleja directamente su esfuerzo cotizatorio respecto de dicho sistema. En mi opinión, la adaptación del divisor 210 conforme al artículo 162, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social en la medida necesaria para tener en cuenta el hecho de que un trabajador por cuenta propia ha ejercitado su derecho a la libre circulación, junto a la prorrata³⁹ prevista en el artículo 46, apartado 2, letra b), del Reglamento n° 1408/71, garantiza que ese esfuerzo se vea correctamente reflejado en la cuantía de la pensión efectiva del trabajador en el Estado miembro de que se trate y garantiza al mismo tiempo, sin embargo, su derecho a la libre circulación y la sostenibilidad financiera del sistema nacional de pensiones.

36 — Véase el punto 13 *supra*. Véase también el punto 38 *supra*.

37 — Resulta asimismo claro que, de conformidad con el Derecho español, cuanto más ejercite un trabajador por cuenta propia su derecho a la libre circulación mayor será la traba. Además, esta traba aumentará con el paso del tiempo por la ampliación del período de referencia a los 300 meses anteriores al hecho causante y la adopción del divisor 350 en virtud de la Ley 27/2011 (véase la nota 19 *supra*).

38 — El artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento n° 1408/71 se refiere concretamente a los trabajadores por cuenta propia. Véase también la sentencia Barreira Pérez, citada en la nota 24, apartado 28. A mi juicio, como el artículo 47, apartado 1, letra g), del referido Reglamento establece reglas adicionales para el cálculo de la cuantía teórica señalada en el artículo 46, apartado 2, letra a), y el punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI de dicho Reglamento clarifica lo dispuesto en el artículo 47, apartado 1, letra g), todas las disposiciones citadas anteriormente se aplican igualmente a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia.

39 — Véanse los puntos 13, 38 y 46 *supra*. En el litigio principal la prorrata es denominada también prorrata *temporis*.

VI. Conclusión

50. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de la siguiente manera:

«Cuando un trabajador migrante por cuenta propia ha cotizado en uno o más Estados miembros durante un período igual o superior al período de referencia establecido en la legislación española, el artículo 46, apartado 2, letra a), y el artículo 47, apartado 1, letra g), del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el punto 4 de la sección H, relativa a España, del anexo VI de dicho Reglamento se oponen a que la prestación teórica española de ese trabajador se calcule sobre las bases de cotización reales del mismo en España, durante los años inmediatamente anteriores al pago de su última cotización a la seguridad social española, cuando el resultado así obtenido se divide entre un divisor, correspondiente al número de cotizaciones mensuales ordinarias y de cotizaciones anuales extraordinarias efectuadas durante el período de referencia, que no tiene en cuenta el hecho de que el trabajador ha ejercitado su derecho a la libre circulación.»