

El legado internacional de Aurelio Desdentado The international legacy of Aurelio Desdentado

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDA

Vicepresidente de la AESSS

📧 <https://orcid.org/0000-0001-8985-3891>

DOLORES CARRASCOSA BERMEJO

Prof. Dra. Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en ICADE y en la UCM. Experta Analítica y Nacional de la Red MoveS de la Comisión

Europea sobre Libre circulación y Coordinación de la Seguridad Social

📧 <https://orcid.org/0000-0002-4411-0346>

Cita sugerida: GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDA, C. y CARRASCOSA BERMEJO, D.; "El legado internacional de Aurelio Desdentado". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. Extraordinario 2021*: 201-210.

Resumen

En este trabajo se analizan dos importantes sentencias que inciden en el plano internacional. Los temas a debatir son innovadores y conflictivos, de ahí que examinemos, de un lado, toda la cuestión relativa al cálculo de las pensiones españolas de los trabajadores migrantes, no solo de jubilación, también de viudedad e incapacidad permanente y, de otra, el principio de totalización de los periodos cubiertos.

Palabras clave

trabajadores; migrantes; pensiones; totalización periodos

Abstract

In this paper, two important rulings that have an impact on the international plane are analysed. The topics to be debated are innovative and conflictive, hence we examine, on the one hand, the whole question related to the calculation of the Spanish pensions of migrant workers, not only for retirement, but also for survivor's pension and permanent disability and, on the other, the principle of totalisation of the periods covered.

Keywords

workers; migrants; pensions; period totalisation

La honestidad intelectual conlleva pensar que puedes estar equivocado

Cromwell

1. LA SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 2005. SUBSIDIO MAYORES DE 52 AÑOS. TOTALIZACIÓN PERIODOS CUBIERTOS EN SUIZA (CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR)

No hay pensamientos peligrosos, pensar es de por sí peligroso.

HannaH Arendt

Aseguran las malas lenguas administrativas (las universitarias y judiciales siempre son buenas porque solamente interactúan con las lenguas de fuego del Espíritu Santo) que cuando Aurelio Desdentado inició su andadura en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como Técnico de la Administración Civil del Estado, fue asignado al Servicio de Seguridad Social que estaba dirigido, por entonces, por Alberto de Pereda Mateos. Este se caracterizaba, además de por su rigor intelectual y su conocimiento enciclopédico de la Seguridad Social, por unas prominentes mandíbulas de las que sobresalía una dentadura formidable que constituía el santo y seña de su identidad física. No es de extrañar, por tanto que los aviesos funcionarios del Ministerio, entre los que yo no me encontraba, comentasen que Alberto y Aurelio estaban condenados a encontrarse y a entenderse. Y así fue.

Lo que más me sorprende de la larga trayectoria profesional de Aurelio Desdentado ha sido su versatilidad para compaginar gestión, doctrina y docencia o, lo que es lo mismo, teoría y práctica en un ejercicio paradigmático de la dialéctica hegeliana: Tesis, antítesis, síntesis.

Personalmente ,estoy agradecido a Aurelio Desdentado por sus incursiones por el derecho Internacional de la Seguridad Social , recorriendo los Convenios Bilaterales, los Convenios Multilaterales y los Reglamentos de Coordinación 1408/71¹ y 883/04². En este sentido, aunque puedo discrepar de algunos (pocos) de sus pronunciamientos o tesis, siempre he tenido la impresión de que nos encontrábamos en la misma orilla aunque, a veces, en ríos distintos. Lo que es no es poco, máxime teniendo en cuenta que hasta hace unos años, la Seguridad Social Internacional ha constituido un objeto de desamor y desafección. A este respecto, recuerdo que en 1994 en el metro de París me topé con un señor muy circunspecto que estaba leyendo, a mi lado, en un vagón atestado, un libro de la colección *que sais je?*, de divulgación masiva, con el título “*Droit international de la securité social*”. Meses más tarde, aparecía en 1995 “*Introducción al Derecho español de Seguridad Social*” de Bernardo Gonzalo González que constituye el primer estudio monográfico original sobre este tema en España. Gracias a expertos como Aurelio y Bernardo hemos podido recuperar, en parte, la desventaja que, en este campo, nos llevaban otros países.

Reconozco que por mi vocación europea, lo que más me ha aproximado a Aurelio Desdentado ha sido su valentía a la hora de encarar los desafíos de los Reglamentos de Coordinación en materia de Seguridad Social. No en vano, si la memoria no me causa una mala pasada, él ha sido el único magistrado en el Tribunal Supremo que ha elevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) una cuestión prejudicial³ en este ámbito. A este respecto, no voy a comentar el asunto Aristóteles Grajera porque estoy seguro que otros expertos lo van a hacer , en este homenaje , con más distancia y profundidad que yo. Sin embargo, como Aurelio ha constituido la excepción a la regla, lo que le honra, quisiera realizar una reflexión sobre la inacción continuada del Tribunal Supremo a la hora de utilizar el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que establece:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: sobre la interpretación de los Tratados; sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal”.

Podría parecer que el Tribunal Supremo no se siente vinculado por este precepto imperativo, para él, de los Tratados o, lo que me parece mucho más grave, las dudas jurídicas son ajenas y las certezas propias , especialmente en un tema tan controvertido y difícil como

¹ Reglamento (CEE) nº 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 (8) (9) (10) (11) (Versión consolidada — DO nº L 28 de 30. 1. 1997.

² 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, 30.4.2004, p.1).

³ Asunto C-153/97, Aristóteles Grajera Rodríguez versus Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). Sentencia de 17 de diciembre de 1998.

son los Reglamentos de Coordinación. Conviene recordar que, de acuerdo con el referido artículo 267 TFUE, las cuestiones prejudiciales, como instrumento de diálogo entre los tribunales nacionales y el TJUE, pueden ser planteadas cuando se tengan dudas sobre la interpretación de los Tratados o la validez e interpretación de los actos de la Unión en el asunto concreto del que estén conociendo. En este sentido, España es uno de los Estados de la Unión Europea con más expedientes tramitados al amparo de los Instrumentos europeos de Coordinación, por lo que la actuación pasiva del Tribunal Supremo constituye una paradoja o una incógnita. Elijan ustedes

Por todo ello, mi agradecimiento a Aurelio Desdentado lo hago extensible a todos los jueces y magistrados españoles que, desviándose de la línea general de actuación del Tribunal Supremo, han elevado al TJUE cuestiones prejudiciales, participando en la construcción del derecho europeo.

Pienso que probablemente existe, a la hora de aplicar las normas de coordinación en materia de Seguridad Social, una pequeña divergencia entre nuestros Órganos jurisdiccionales y los europeos. Los primeros potencian una interpretación basada en el principio, “*in dubio pro cive externo*” mientras que los segundos se orientan más por el principio, “*in dubio in favorem libertarium*”. A simple vista pueden confundirse estos dos principios y, en muchos casos así es, pero, en algunas ocasiones las desviaciones interpretativas pueden dar lugar a pronunciamientos diferentes.

De hecho, ni los padres fundadores de las Comunidades Europeas ni el TJUE se han caracterizado por su orientación social sino por la clara necesidad de defender a sangre y fuego las cuatro libertades fundamentales. Por supuesto que en relación con la libre circulación de personas esto implica, indirectamente, una protección del ciudadano transfronterizo. Sin embargo, existen matices como ponen de manifiesto algunos considerandos de la Sentencia recaída en el Asunto Chamier-Glisczinski⁴ que a continuación reproduzco:

- *De la jurisprudencia se desprende que las facilidades concedidas por el Tratado en materia de circulación de los ciudadanos de la Unión no podrían producir plenos efectos si se pudiera disuadir a un nacional de un Estado miembro de hacer uso de aquéllas por los obstáculos a su residencia en el Estado miembro de acogida derivados de una normativa de su Estado de origen que le penaliza por el mero hecho de haberlas ejercido (véanse las sentencias de 23 de octubre de 2007, Morgan y Bucher, C-11/06 y C-12/06, Rec. p. I-9161, apartado 26 y jurisprudencia citada, y de 4 de diciembre de 2008, Zablocka-Weyhermüller, C-221/07, Rec. p. I-0000, apartado 34 y jurisprudencia citada).*
- *Sin embargo, puesto que el artículo 42 CE prevé una coordinación de las legislaciones de los Estados miembros, y no su armonización, las diferencias de fondo y de procedimiento entre los regímenes de seguridad social de cada Estado miembro y, por consiguiente, entre los derechos de las personas afiliadas a ellos, no se ven afectadas por dicha disposición (en este sentido, véase, en materia de libre circulación de trabajadores, las sentencias de 15 de enero de 1986, Pinna, 41/84, Rec. p. I, apartado 20; de 30 de enero de 1997, de Jaeck, C-340/94, Rec. p. I-461, apartado 18, y Hervein y Hervillier, C-221/95, Rec. p. I-609, apartado 16).*

⁴ Asunto C-208/07, Petra von Chamier-Glisczinski versus Deutsche Angestellten-Krankenkasse. SENTENCIA 16 de julio de 2009 (*)

- *En estas circunstancias, el artículo 18 CE, apartado 1, no puede garantizar a un asegurado que un desplazamiento a otro Estado miembro sea neutro en materia de seguridad social, especialmente por lo que se refiere a las prestaciones de enfermedad (véanse, por analogía con el artículo 39 CE, las sentencias de 19 de marzo de 2002, Hervein y otros, C-393/99 y C-394/99, Rec. p. I-2829, apartado 51, y de 9 de marzo de 2006, Piatkowski, C-493/04, Rec. p. I-2369, apartado 34). Como pone de manifiesto la Comisión, habida cuenta de las disparidades existentes entre los regímenes y las legislaciones de los Estados miembros en la materia, tal desplazamiento puede ser más o menos ventajoso para la persona de que se trate, según el caso, dependiendo de la combinación de normativas nacionales aplicables en virtud del Reglamento nº 1408/71.*

Los expertos en derecho de la Unión padecemos un cierto síndrome narcisista que nos hace olvidar que Europa es algo más que la Unión Europea. Quizás por eso, como penitencia ,el Presidente de la AESSS, José Luis Monereo me encargó un comentario de una sentencia en la que fue ponente, por supuesto, Aurelio Desdentado y que se refiere a un ilustre desconocido jurídico, para la mayor parte de los expertos: el Convenio Europeo de Seguridad Social del Consejo de Europa⁵ .

La “*vis atractiva*” de las Instituciones de la Unión Europea ha oscurecido el ingente trabajo del Consejo de Europa que cuenta con una serie de disposiciones , en materia de Seguridad Social, de gran importancia teórica aunque de menor trascendencia práctica. Sin embargo, el estudio de estos Instrumentos facilita grandemente la posterior aplicación de los Reglamentos de Coordinación de Seguridad Social. En realidad, muchos Estados consideran al Consejo de Europa como una antesala para su posterior integración en las Instituciones de la Unión.

Vayamos a la sentencia de 7 de Marzo de 2005⁶ .objeto de este comentario. Presentemos los hechos probados:

La actora, nacida el 15-1-1943, solicitó en fecha 13-3-2001, subsidio de desempleo de nivel asistencial para mayores de 52 años, que le fue denegada por el INEM por no reunir el periodo genérico ni específico para lucrar una prestación de subsidio, no reunir seis años de cotización por desempleo y no poder totalizarse los períodos cubiertos en Suiza. Acredita 355 meses cotizados en Suiza entre 1969 y 1998 y percibió subsidio de desempleo para emigrantes retornados.

La sentencia que comentamos tiene que desbrozar los argumentos de la parte demandante que en un *tutum revolutum* dispara contra todo lo que se mueve, presentando, en paralelo, razonamientos jurídicamente lógicos (aceptables o no es otro cantar) con otros que sorprenden por su falta de consistencia. Así, se alega discriminación, contraria al Artículo 14 de la Constitución Española ,entre los trabajadores sedentarios españoles o los trabajadores que han ejercido su actividad laboral en la Unión Europea , por una parte, y, por otra, los migrantes en Suiza . Se alega que los sedentarios no necesitan totalización alguna .Los provenientes de la Unión Europea pueden totalizar los períodos cubiertos en los Estados Miembros. En cambio, no se admite esta posibilidad para los trabajadores migrantes retornados de Suiza.

⁵ Instrumento de Ratificación del Acuerdo Europeo de Seguridad Social y el Acuerdo Complementario para la aplicación del mismo, hecho en París el 14 de diciembre de 1972.Publicado en:«BOE» núm. 271, de 12 de noviembre de 1986, páginas 37644 a 37673.

⁶ Número de Recurso 894/2004.

Debe el Tribunal Supremo recordar, me imagino que cansinamente, que “*no existe la identidad de situación que, según la doctrina constitucional, es necesaria para que la diferencia de trato tenga relevancia a efectos del principio de igualdad, pues el juicio de igualdad requiere que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables*” Ergo, desestimada, como tal, esta alegación.

La segunda motivación tampoco tenía gran recorrido .Con fecha 30 de Abril del 2002 se publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas⁷ el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y la Confederación Suiza . En virtud de dicho Instrumento se aplicaba el Reglamento 1408/71 a las relaciones transfronterizas en materia de Seguridad Social entre Suiza y la Unión Europea. Lamentablemente, este Acuerdo entraba en vigor el 1 de Junio del 2002 mientras que la solicitud de subsidio se cursó en Marzo del 2001. No obstante, el Tribunal Supremo apunta una posibilidad con la aplicación del artículo 94 del Reglamento ⁸, advirtiendo ,eso sí, que esta opción tendría que ser objeto de una nueva solicitud.

En relación con el Convenio hispano suizo de Seguridad Social⁹ el Tribunal no se muestra indeciso. En efecto, dicho Instrumento no incluye en su campo de aplicación material el seguro de desempleo. En consecuencia, no es posible proceder a la totalización de períodos de seguro.

La última vía para el reconocimiento del subsidio para mayores de 52 años la encuentra el Tribunal Supremo en el Convenio Europeo de Seguridad Social del Consejo de Europa que es un clon del Reglamento 1408/71. Así se permite la totalización, *entre las Partes Contratantes del Convenio*, de períodos de seguro para las prestaciones de desempleo.

Por otra parte, el TJUE había dictado una sentencia en el Asunto Martínez Losada¹⁰ que abría las posibilidades del subsidio de mayores de 52 años a los emigrantes retornados aunque no hubieran ejercido jamás una actividad laboral en España. Dado que el artículo 51 del referido Convenio reproduce el Artículo 67 del Reglamento 1408/71, la interpretación del TJUE en el Asunto Martínez Losada puede y debe extenderse a casos similares en que se aplique el Convenio .

Dictamina el Tribunal Supremo: “ *En resumen, el Convenio Europeo de Seguridad Social es aplicable en orden a la totalización de los periodos de cotización a efectos de las prestaciones de desempleo y, en consecuencia, la actora, que fue ya beneficiaria del subsidio para emigrantes retornados, reúne los periodos de cotización necesarios para acceder al subsidio solicitado*”.

Ha transcurrido mucho tiempo desde que se dictó esta sentencia. A posteriori todos somos más sabios. Sin embargo, el mérito del ponente Aurelio Desdentado fue, sobre todo,

⁷ Diario Oficial nº L 114 de 30/04/2002, p. 0006 - 0072.

⁸ *El presente Reglamento no originará derecho alguno por los lapsos de tiempo anteriores a su fecha de entrada en vigor. Todo periodo de seguro y, en su caso, todo periodo de empleo o de residencia cubierto bajo la legislación de cualquier Estado miembro antes de la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento, será computado al practicar la determinación de los derechos conforme a lo que dispone el presente Reglamento. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado I, nacerá un derecho en virtud del presente Reglamento, incluso cuando se deba a un hecho causante acaecido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del mismo*

⁹ Convenio bilateral en materia de Seguridad Social entre España y Suiza. Instrumento de ratificación del Convenio y Protocolo Final entre el Gobierno español y el Gobierno del Consejo Federal Suizo sobre Seguridad Social, firmado en Berna el día 13 de octubre de 1969 (BOE núm. 209, de 1 de septiembre de 1970)

¹⁰ Asuntos acumulados C-88/95, C-102/95 y C-103/95 Bernardina Martínez Losada y otros contra Instituto Nacional de Empleo (Inem) e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)

elaborar un fallo jurisdiccional con razonamientos lógicos y a veces contundentes a partir de un recurso presentado, a mi entender confuso y ambiguo.

Para terminar este comentario y evitar que esta sentencia pueda extenderse a otros supuestos en relación con algunos Miembros del Consejo de Europa o con la propia Federación Helvética si dejare ésta de aplicar en el futuro, los Reglamentos de Coordinación, me permito recordar que el Convenio Europeo de Seguridad Social del Consejo de Europa solo es aplicable entre las Partes Contratantes que han procedido a ratificar, aceptar o adherirse a este Instrumento. Hasta la fecha, solamente lo han hecho Austria, Bélgica, España, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Turquía. En consecuencia, teniendo en cuenta la existencia de los Reglamentos de Coordinación, solamente puede considerarse, para España, como Parte Contratante, Turquía, y esto de manera parcial (trabajadores desplazados).

2. LA SENTENCIA DEL TS 15-11-2001. CONVENIO HISPANO ALEMAN *VERSUS* REGLAMENTO DE COORDINACION (DOLORES CARRASCOSA BERMEJO)

“No quiero ir nada más que hasta el fondo”

Alejandra Pizarnik

Cuando leí mi tesina sobre la tumultuosa reforma de las pensiones en Italia, totalmente hecha desde España, solo me alegré de que hubiera pasado el trance y de haber aprendido algo de italiano. Sin embargo, solo unos días después, esa tesina me dio la oportunidad de conocer a mi querido Aurelio Desdentado, que en 1996 ya era todo un mito iuslaboralista. Estábamos en el mismo Departamento de Derecho del Trabajo de la Carlos III, cuando a los Magistrados del TS se les permitía dar clase. Se disculpó por no haber podido asistir a la defensa e insistió en que le dejará una copia para leerla. Para mí se trata de una de las pruebas más evidentes de su gran curiosidad por cualquier materia jurídica y especialmente por la Seguridad Social, una de sus pasiones. Sorprendentemente, me llamó unos días después, diciéndome que la había leído, le había gustado y que me quería hacer unas observaciones. Me dedicó toda la tarde de un domingo, ahí estuvimos, en su despacho de la Calle Sirio, donde conocí a su mujer, a Lola, y a sus hijas Eva y Elena. Todo lo hacía a conciencia, la tesina estaba llena de notitas y post-it, hizo precisos, agudos comentarios, propuso mejoras sustanciales y sugerencias de lecturas que me abrieron nuevos caminos. No sólo hablaba y te reías con él, con su irónico sentido del humor, también preguntaba y escuchaba, con un interés auténtico, lo que pudieras aportar. Había encontrado un maestro, un amigo que me acompañaría desde entonces.

Le interesaba mucho descifrar la complejidad y en la coordinación comunitaria de la Seguridad Social encontró un verdadero filón, Aurelio, no solo dictaba estupendas sentencias sobre la materia, sino que explicaba su posición en artículos doctrinales de máximo interés.¹¹ Los Reglamentos de coordinación, eran entonces un tema de actualidad, muchos migrantes españoles habían vuelto a casa y reclamaban sus derechos frente a las gestoras españolas. Eran tipos duros, resilientes y llegaban hasta donde hiciera falta, muchos frente a la

¹¹ Entre otros muchos trabajos, sirvan como ejemplo los siguientes artículos: DESDENTADO BONETE, A. “Cuestiones prejudiciales comunitarias planteadas por órganos judiciales españoles en materia de Seguridad Social” RMTAS nº 12/1998 o “La Seguridad Social de los trabajadores migrantes de la Unión Europea en unificación de doctrina” *Noticias de la Unión Europea*. Febrero 1998. “El problema de la determinación de la base reguladora de la pensión española en los supuestos en el que el cómputo comprende períodos de cotización que se han completado en otro país de la UE” en VVAA *Problemática Española de la Seguridad Social Europea*. Instituto Europeo de Relaciones Industriales. Comares. Granada. 1999. “En el laberinto: desempleo asistencial y jubilación de los trabajadores migrantes entre el Derecho comunitario y las leyes de acompañamiento” *La Ley* 22-2-1999.

Sala IV del TS.¹²En ese campo volvimos a coincidir, pues ese fue, para mi suerte futura y para mi agobio durante demasiados años, mi tema de tesis. Aurelio, también Carlos -con quien tengo el honor de firmar este escrito-, me hicieron sentir menos sola en ese proceso que no terminó hasta enero de 2003 cuando, tras muchas vicisitudes, me dejaron defenderla. Durante ese tiempo, especialmente los últimos años, Aurelio me tutelaba en la distancia, nunca quiso suplantarla dirección de mi tesis, aunque esta fuera cada vez más esquiva.

Con especial cariño, recuerdo la única cuestión prejudicial que la Sala IV “se ha atrevido” a plantear sobre los Reglamentos de coordinación, me refiero al asunto Grajera (C-153/97) de la que Aurelio fue promotor y ponente. Materia con la que conecta la sentencia asignada a este comentario, la dictada por el TS el 15-11-2001, Rec 2466/00.¹³

El objetivo de esa cuestión prejudicial era loable: aclarar definitivamente las dudas sobre una cuestión crucial para el cálculo de las pensiones españolas de los trabajadores migrantes, no solo de jubilación, también de viudedad e incapacidad permanente. La esperada interpretación del Tribunal de Justicia debía permitir identificar el período de referencia y las bases de cotización a computar por las Gestoras españolas para calcular la base reguladora de la denominada cuantía teórica, esto es, la que le hubiera correspondido al migrante de haber desarrollado toda su carrera de seguro en España. Pensión ficticia sobre la que recae *la prorrata temporis*, ya midiendo la contributividad real del migrante al sistema que realiza el cálculo.

La confusa doctrina previa del Tribunal de Justicia estaba muy lejos de aclarar la cuestión.¹⁴ La Sala IV no compartía los resultados adversos que el Anexo VI.D.4º del Reglamento 1408/71, introducido por el Reglamento CEE/1248/1992, generaba en la cuantía teórica de los migrantes. De hecho, consideraba esta norma ad-hoc para España, era contraria a la libre circulación y a la finalidad tuitiva propia de estos Reglamentos. A mi modo de ver, era una cuestión prejudicial muy gallarda, como Aurelio, pero era todo o nada. El Tribunal de Justicia debía declarar inválido el Anexo, y así sería posible mantener la ubicación del período de referencia en el momento del hecho causante y la cobertura de lagunas con bases ficticias. Como no ocultaba el propio Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, el TS prefería seguir utilizando la tuitiva, y en cierta forma ecuaníme, fórmula de las bases medias.¹⁵ Había mucha expectación, o a mí me lo parecía, cientos de asuntos quedaron suspendidos en toda España. Recuerdo ir a leer algunos de ellos a la Sala de lo Social del TSJ de Madrid a la que generosamente me invitó José Luis Gil Olmo, otro Magistrado que había sido insigne profesor de la Carlos III, muy divertido ante mi extraño interés.

¹² Es realmente alucinante ver la cantidad de sentencias dictadas por el TS en esa época, ver Anexo de jurisprudencia en p. 707 a 733 en VVAA, GARCIA MURCIA, J. CASTRO ARGÜELLES, M^a A (Dir). *Contingencias y prestaciones de Seguridad Social en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Reus. 2021. Comenté esta jurisprudencia en el capítulo XIII de esa obra.

¹³ Roj: STS 8932/2001 - ECLI:ES:TS:2001:8932

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5c48ea7d250ff11e/20040515>

¹⁴ Asuntos Lafuente Nieto (C-251/94) o el Asunto Naranjo Arjona (C-31/96, 32/96 y 33/96), donde ya se tuvo en cuenta el Anexo VI.D.4º del Reglamento 1408/71.

¹⁵ Aunque era un tema polémico, pues no tenía sustento normativo, la Sala IV consideraba que estas bases eran equivalentes a las que hubiera realizado el migrante de haber seguido en activo en España. Con este sistema el TS en su Auto entendía que se permitía “obtener una actualización plena sobre las bases objetivas, pues, ante la imposibilidad práctica de reconstruir los elementos de carrera de seguro en España, la base media refleja un importe ponderado que se ajusta a la retribución del trabajador medio del correspondiente grupo profesional, eliminando así el tratamiento peyorativo que para el migrante supone la aplicación de las bases anteriores a la emigración, pero evitando también la consideración del elemento extranjero (los salarios del país de emigración) repercuta en un importe de la base reguladora notablemente superior a los trabajadores del grupo profesional que han mantenido en su carrera de cotización en España”.

No hubo suerte, la sentencia del Tribunal de Justicia de 17-12-1998 sobre el Asunto Grajera C-153/97 no entendió, o no quiso entender, la posición de la Sala IV y declaró la validez del Anexo con argumentos realmente endeble. ¹⁶ De manera, que se siguieron computando exclusivamente las cotizaciones reales españolas en un período de referencia ubicado en los años inmediatamente anteriores a la realización de la última de ellas. Las consecuencias fueron muy negativas para los migrantes españoles, se cronificó el problema de las lagunas en el período de referencia, aunque fueran necesariamente parciales, que ya no podían ser cubiertas con bases ficticias (ni mínimas, ni medias, ni máximas). ¹⁷ Solo quedó el refugio de los convenios bilaterales con otros Estados miembros, siempre que se consideraran más beneficiosos y si en ellos se hubiera generado una expectativa de derecho antes de la entrada en vigor de los Reglamentos. ¹⁸ En el marco de estos últimos se siguieron generando cuantías teóricas anormalmente bajas en relación con las largas carreras de seguro de sus beneficiarios, cuya contribución al sistema español solo debería quedar de manifiesto al determinar la *pro rata temporis*. Se buscaron soluciones ingeniosas, ¹⁹ pero muchos interrogantes quedaron sin respuesta, como demostraría, muchos años después, la cuestión prejudicial sobre el asunto Salgado González C-282/11. ²⁰ Tampoco estuvieron a la altura, las soluciones, no del todo afortunadas, que se incluyeron en el Anexo XI del vigente Reglamento de base CE/883/2004. ²¹

Estoy segura de que a Aurelio no le gustó la respuesta del Tribunal de Justicia, creo que se sintió incomprendido y algo decepcionado del resultado. Sí se trasluce cierta frustración de la lectura de la sentencia dictada en Sala General el 9 de marzo de 1999, ²² resolviendo el pleito de

¹⁶ Ver revisitando críticamente esta sentencia algunos años después CARRASCOSA BERMEJO, D. “La base reguladora de la ‘cuantía teórica’ de los trabajadores migrantes: el caso Grajera Rodríguez”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, ISSN 2254-3295, Nº. 102, 2013, págs. 271-298

¹⁷ Sobre estas opciones, un buen amigo de Aurelio, el magistrado Bartolomé Ríos, señalaba que generaban unas diferencias cuantitativas muy sensibles, quizás demasiado relevantes, para ser “alternativas de una interpretación jurídica” RÍOS SALMERON. “Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez (nota de urgencia a la STJCE de 12-9-1996 caso Lafuente” *Actualidad Laboral* 1/1997 p. 13 s.

¹⁸ Se trataba de la aplicación de la doctrina sentada en la sentencia del TJCE de 7-2-91 sobre el asunto Rönfeldt (227/89), basada en la intangibilidad de los derechos surgidos de la normativa nacional donde se incluían los derivados de estos convenios bilaterales, que no podían perderse por aplicación de los Reglamentos. Esta doctrina se matizó por la sentencia del TJCE de 9-11-95 sobre el asunto Thèvenon C-475/93 que exigía que el solicitante tuviera una expectativa de derecho en el marco de la norma bilateral antes de la aplicación de los propios Reglamentos comunitarios.

¹⁹ Ver, por ejemplo, la actualización de las bases de cotización conforme a los incrementos experimentados por el SMI hasta el momento del hecho causante admitidas en Sentencia del TS 12-3-03 ROJ: STS 1682/2003 - ECLI:ES:TS:2003:1682 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/66c1737bf216ealc/20030606> y TS 3-6-03, Roj: STS 3823/2003 - ECLI:ES:TS:2003:3823 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a240a5a0f8094418/20050616>

²⁰ Sentencia del 21-12-2013 asunto Salgado González C-282/11. Ver sobre esta sentencia, los comentarios de DESDENTADO DAROCA, E. “De nuevo sobre los problemas de cálculo de la base reguladora de las pensiones de los trabajadores migrantes. El caso Salgado González y la STJUE de 21 de febrero de 2013” *Revista de Derecho Social* 2013/nº 62. CARRASCOSA BERMEJO, D. “Base reguladora de la jubilación para migrantes tras el asunto Salgado González” *Aranzadi Social* nº 9-10/2014 BIB 2014/66. MALDONADO MOLINA, J.A. “Libertad de circulación y protección social” *Temas Laborales*. Nº 59/2017 y LOUSADA AROCHENA, J. F. “El cálculo de las bases reguladoras de las pensiones nacionales de los trabajadores migrantes españoles en la UE” *Revista del Ministerio de Trabajo* nº 42/2019 p. 15 a 26.

²¹ Como se ha puesto de manifiesto, este Anexo solo tiene virtualidad cuando las cotizaciones españolas últimas son posteriores a la migración a otro Estado miembro, o visto desde otra perspectiva cuando las cotizaciones foráneas son previas a las últimas cotizaciones españolas.

²² Roj: STS 1618/1999 - ECLI:ES:TS:1999:1618

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/222a2f99caeb6d95/20040515>

origen.²³ La realidad descarnada quedaba al descubierto, pues obstáculos procesales insalvables, impedían a la Sala IV aplicar el convenio bilateral más favorable. Se confirmó la sentencia recurrida que había asumido los cálculos de la gestora, en detrimento de las bases máximas reconocidas en la instancia.²⁴ Conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia, quedaba firme la cuantía teórica del Sr. Grajera que ascendía a 1.724 pesetas (10,36 €) tras una carrera de cotización de 40 años, sobre la que luego se aplicaría la *prorrata temporis*, esta vez, lógicamente, considerando el esfuerzo contributivo en España.

Como anunciaba, algunos de los problemas que hemos mencionado también están presentes en la sentencia asignada para este comentario, la sentencia del TS 15-11-2001, Rec 2466/00. De hecho, la sentencia de instancia fue una de las suspendidas a la espera de la sentencia del Tribunal de Justicia por el asunto Grajera. Curiosamente, el pleito sufriría una nueva suspensión de 5 meses en el marco de la tramitación del recurso de casación para unificación de doctrina, esta vez, a la espera de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la *prorrata temporis* que no se identifica, y al que no se volvería hacer referencia. Aunque la sentencia no lo aclara, seguramente se estaba haciendo referencia a la cuestión prejudicial planteada el 17 de julio de 2000 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Orense y que posteriormente daría lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia, de 3 de octubre de 2002 sobre el asunto Barreira Pérez C-347/00.²⁵

El asunto estaba referido a un migrante con más de 6 años trabajados en España (de noviembre de 1961 a mayo de 1967) y que superaba los 23 años de cotizaciones en Alemania (de noviembre de 1972 a enero de 1995). La base reguladora de la pensión teórica española era tan solo de 2.968 pesetas (17,83 €), el porcentaje alcanzaba un 68%. Finalmente, se aludía a una pensión de 6.134 pesetas (36,86 €), computando mejoras y revalorizaciones, sobre la que se aplicaba una *prorrata temporis* española del 18,96%. El migrante no estaba de acuerdo con la gestora y reclamó sin éxito una base reguladora, nada menos, que de 165.360 pesetas (993,83 €), seguramente aplicando la teoría de las bases máximas, y una prorrata del 41,70 %.

El recurso se estima, se casa la sentencia de suplicación que había desechado la aplicación preferente del Convenio bilateral de Seguridad Social Hispano Alemán de 4-12-1973, como norma más favorable que los propios Reglamentos.²⁶ Admitida la contradicción, el TS sí considero más beneficiosa esta norma bilateral para los intereses del migrante que, además, había generado en su seno una expectativa de derecho antes de la aplicación de los propios Reglamentos.

En el marco del Convenio, la Sala IV tutela, en buena media, las pretensiones del migrante. Por un lado, siguiendo numerosos pronunciamientos previos, al amparo del artículo 25.1.b) de esa norma internacional bilateral el migrante logra el derecho a que su base reguladora, sea calculada en un período de referencia previo al hecho causante, utilizando las ya mencionadas bases medias. Opción que, sin duda, arroja resultados mucho más protectores

²³ Sentencia que me trajo fotocopiada a mi despacho de la Carlos III para que hiciera un comentario para la Revista Derecho Social. Me encantó su confianza. CARRASCOSA BERMEJO, D. "La determinación de la base reguladora de la pensión teórica y la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario sobre el asunto Grajera Rodríguez" *Revista de Derecho Social* nº 5/1999.

²⁴ Allí se reconocieron con bases máximas de cotización, considerando los salarios foráneos, una cuantía teórica de 149.988 pesetas (901,45 euros).

²⁵ El levantamiento de la suspensión antes de que se dictara sentencia puede deberse a que, incluso antes de que hubiera conclusiones del Abogado General, la Sala IV revisó su doctrina y pasó a defender el cómputo de los períodos ficticios convertidos en la *prorrata temporis*.

²⁶ Esa sentencia lo desechaba, entre otros motivos, por la extraña razón de no haber sido aplicado en Alemania para el reconocimiento y cálculo de la pensión en ese otro Estado miembro TSJ Extremadura 2-5-00, Rec 189/00.

que el famoso Anexo VI.D) 4 del Reglamento 1408/71 que obligaba al exclusivo cómputo de bases reales españolas y a la traslación del período de referencia. Por otro lado, de nuevo ese convenio bilateral, aunque ahora su artículo 22.3, ampararía la pretensión de computar en el porcentaje aplicable a su base reguladora, ciertos períodos ficticios o equivalentes. En concreto, permite considerar los años de cotización que reconocía la normativa propia del mutualismo en función de la edad del beneficiario en 1967,²⁷ lo que mejora el porcentaje, considerando un total de 8 años y 335 adicionales. Sumando tales períodos, las cotizaciones españolas ascienden a un total de 5.115 días, ponderando ese período sobre una carrera de seguro total de 13.065 días, la *pro rata temporis*, por su parte, quedaría finalmente fijada en el 39 % de la cuantía teórica. No se hace más disquisición o explicación sobre esta conclusión, pero se trata de un pronunciamiento que se alinearía con la futura sentencia del TJCE sobre el ya mencionado asunto Barreira Pérez.²⁸

Resulta chocante que la jurisprudencia sorteara los resultados perniciosos de la validez del Anexo VI.D. 4 del Reglamento de base a través de convenios bilaterales antiguos que han primado durante años frente a la solución uniforme y multilateral de los Reglamentos, paradójicamente menos tuitivos. Se trata de un escudo que todavía se usa, aunque cada vez resulte más débil, no solo por la exigencia adicional de la sentencia Thèvenon y la necesidad que impone de haber generado expectativas de derecho en su seno, también por la revisión que la jurisprudencia actual está haciendo de su propio carácter más beneficioso.²⁹

3. CONCLUSIÓN

A nuestro modo de ver, de las sentencias comentadas, queda claro que Aurelio Desdentado se interesó y defendió con tesón e importantes argumentos los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Además, directa o indirectamente, se pronunció, cuando tuvo que tratar con el derecho comunitario, por la libertad de circulación de trabajadores.

Con posterioridad a las sentencias mencionadas, la Sala IV, de nuevo con su inestimable participación, iría solucionando otras cuestiones relevantes para el reconocimiento y cálculo de subsidios y pensiones de los migrantes: como, entre otros, el cómputo de otros períodos ficticios en el marco de la *pro rata temporis*, o los propios límites a la totalización.³⁰ No obstante, todas estas cuestiones siguen teniendo una importancia relativa si se comparan con la relevancia práctica y cuantitativa de las cuestiones abordadas en la cuestión prejudicial sobre el asunto Grajera Rodríguez, que Aurelio promovió en un intento de ir, como a él le gustaba, al fondo de la cuestión. “*Si te ofrecen un asiento en un cohete, no preguntes que asiento. Simplemente entra*” (Sheryl Sandberg).

²⁷ Ver disp. trans. 2! De la Orden 18-1-1967.

²⁸ Pronunciamiento en el que se defendería el cómputo de tales períodos para la determinación de la *pro rata temporis*, afirmando que la definición de períodos de seguro contenida en los Reglamentos estaba referida tanto a períodos reales como ficticios, siempre que se ubicaran antes del hecho causante. Requisito que entendía cumplido por su similitud con otros períodos ficticios foráneos cuyo cómputo ya se había defendido previamente (TJCE 18 de febrero de 1992 sobre el asunto Di Prinzio C-5/91). En suma, su cómputo era obligado para preservar el ejercicio de la libre circulación, pues no se podía hacer de peor derecho a los migrantes. Ver apartados 40 y 41 de la sentencia del Tribunal de Justicia, de 3 de octubre de 2002 asunto Barreira Pérez C-347/00.

²⁹ Ver CARRASCOSA BERMEJO, D. “Capítulo XIII. Seguridad Social de trabajadores migrantes” en VVAA, GARCIA MURCIA, J. CASTRO ARGÜELLES, M^a A (Dir). Contingencias y prestaciones de Seguridad Social en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Reus. 2021. Op. cit. p. 595 s.

³⁰ Ver TS 17-7-07, Roj: STS 6535/2007 - ECLI:ES:TS:2007:6535

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b40a21e66db60a4b/20071031>