

# **Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Décima, Sentencia de 28 Jun. 2018, C-2/2017**

**Ponente: Biltgen, François.**

En el asunto C-2/17,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante auto de 13 de diciembre de 2016, recibido en el Tribunal de Justicia el 2 de enero de 2017, en el procedimiento entre

**Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)**

y

**Jesús Crespo Rey,**

con intervención de:

**Tesorería General de la Seguridad Social,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima),

integrado por el Sr. E. Levits, Presidente de Sala, y la Sra. M. Berger y el Sr. F. Biltgen (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sr. E. Tanchev;

Secretario: Sra. L. Carrasco Marco, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 14 de diciembre de 2017;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), por el Sr. A.R. Trillo García y la Sra. A. Álvarez Moreno, letrados;

- en nombre del Gobierno español, por la Sra. V. Ester Casas, en calidad de agente;

- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. S. Pardo Quintillán y por los Sres. D. Martin y J. Tomkin, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

## **Sentencia**

**1.** La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO 2004, L 166, p. 1; corrección de errores en DO 2004, L 200, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 (DO 2009, L 284, p. 423) (en lo sucesivo, «Reglamento n.º 883/2004»).

**2.** Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), por una parte, y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y el Sr. Jesús Crespo Rey, por otra, en relación con el cálculo de la pensión de jubilación de este.

## **Marco jurídico**

*Acuerdo sobre la libre circulación de personas*

**3.** Con arreglo a su artículo 1, letras a) y d), el objetivo del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, rubricado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 (DO 2002, L 114, p. 6; en lo sucesivo, «Acuerdo sobre la libre circulación de personas»), es el de conceder en favor de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de Suiza un derecho de entrada, de residencia, de acceso a una actividad económica por cuenta ajena, de establecimiento como trabajador autónomo y de residir en el territorio de las Partes contratantes, así como de conceder las mismas condiciones de vida, de empleo y de trabajo que las concedidas a los nacionales.

**4.** El artículo 2 de este Acuerdo establece que los nacionales de una Parte contratante que residan legalmente en el territorio de otra Parte contratante no serán objeto, en la aplicación y de acuerdo con las disposiciones de los anexos I, II y III de dicho Acuerdo, de ninguna discriminación basada en la nacionalidad.

**5.** A tenor del artículo 8 del mismo Acuerdo:

«Las Partes Contratantes, de acuerdo con el Anexo II, regularán la coordinación de los sistemas de seguridad social con el fin de garantizar en particular:

a) la igualdad de trato;

b) la determinación de la legislación aplicable;

c) la acumulación, para la apertura y el mantenimiento del derecho a las prestaciones, así como para el cálculo de estas, de todos los períodos tenidos en cuenta por las distintas legislaciones nacionales;

d) el pago de las prestaciones a las personas que residan en el territorio de las Partes Contratantes;

e) la ayuda mutua y la cooperación administrativas entre las autoridades y las instituciones.»

**6.** El artículo 9, apartados 1 y 2, del anexo I del Acuerdo sobre la libre circulación de personas, bajo la rúbrica «Igualdad de trato», establece:

«1. Un trabajador por cuenta ajena nacional de una Parte Contratante no podrá, en el territorio de la otra Parte Contratante, debido a su nacionalidad, ser tratado de manera diferente a los trabajadores nacionales por cuenta ajena por lo que se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, particularmente en materia de remuneración, de despido y de rehabilitación profesional o de reemplazo, en caso de que se encuentre en [desempleo].

2. El trabajador por cuenta ajena y los miembros de su familia contemplados en el artículo 3 del presente anexo gozarán de las mismas ventajas fiscales y sociales que los trabajadores por cuenta ajena nacionales y los miembros de su familia.»

**7.** El anexo II del Acuerdo sobre la libre circulación de personas, con la rúbrica «Coordinación de los regímenes de seguridad social», fue modificado por el anexo de la Decisión n.º 1/2012 del Comité Mixto establecido en virtud de dicho Acuerdo, de 31 de marzo de 2012 (DO 2012, L 103, p. 51).

**8.** Con arreglo al artículo 1 del anexo II del Acuerdo sobre la libre circulación de personas, tal como quedó modificado por el anexo de la Decisión n.º 1/2012:

«1. Las partes contratantes acuerdan aplicar entre ellas, en el ámbito de la coordinación de los regímenes de seguridad social, los actos jurídicos de la Unión Europea a los que se hace referencia o se modifican conforme a lo dispuesto en la sección A del presente anexo, o normas equivalentes.

2. Se entenderá que [los] término[s] "Estado(s) miembro(s)" que figura[n] en los actos jurídicos mencionados en la sección A del presente anexo incluye[n] a Suiza, además de a los Estados cubiertos por los actos jurídicos pertinentes de la Unión Europea.»

**9.** El anexo II, sección A, del Acuerdo sobre la libre circulación de personas, en su versión modificada, enumera los «actos jurídicos a los que se hace referencia», entre los cuales figura, entre otros, el Reglamento n.º 833/2004.

*Reglamento n.º 833/2004*

**10.** El artículo 52, apartado 1, del Reglamento n.º 833/2004, con la rúbrica «Pago de las prestaciones», el cual forma parte de su título III, relativo a las disposiciones particulares para las distintas categorías de prestaciones y, más concretamente, del capítulo 5, dedicado a las «pensiones de vejez y de supervivencia», dispone lo siguiente:

«La institución competente calculará el importe de la prestación potencialmente adeudada:

a) en virtud de la legislación que aplique, únicamente si las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones se han cumplido exclusivamente con arreglo a la legislación nacional (prestación nacional);

b) calculando un importe teórico y posteriormente un importe real (prestación prorrateada), de la siguiente manera:

i) el importe teórico de la prestación será igual a la prestación que el interesado habría causado en el supuesto de que todos los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos de acuerdo con las legislaciones de los demás Estados miembros se hubieran cumplido de acuerdo con la legislación que dicha institución aplique en la fecha en que se liquide la prestación. En caso de que, con arreglo a dicha legislación, el importe no dependa de la duración de los períodos cumplidos, se considerará que dicho importe constituye el importe teórico,

ii) la institución competente establecerá a continuación el importe real de la prestación prorrateada, aplicando al importe teórico la proporción entre la duración de los períodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con la legislación que la institución aplique y la duración total de los períodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados.»

**11.** El artículo 56 de ese Reglamento, incluido en el mismo capítulo 5 y titulado «Disposiciones complementarias para el cálculo de las prestaciones», prevé en su apartado 1:

«Para el cálculo de los importes teórico y prorrateado señalados en la letra b) del apartado 1 del artículo 52, se aplicarán las normas siguientes:

[...]

c) si la legislación de un Estado miembro prevé que el cálculo de las prestaciones se base en los ingresos, cotizaciones, bases de cotización, aumentos, retribuciones, otros importes o una combinación de más de uno de estos elementos (promedios, proporciones, a tanto alzado o acreditados), la institución competente:

i) determinará la base de cálculo de las prestaciones únicamente en virtud de los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique,

ii) utilizará, para la determinación del importe que haya de calcularse en concepto de los períodos de seguro y/o residencia cumplidos con arreglo a la legislación de los otros Estados miembros, los mismos elementos determinados o acreditados para los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique,

en caso necesario de acuerdo con los procedimientos establecidos en el anexo XI para el Estado miembro de que se trate;

[...]».

**12.** El anexo XI de dicho Reglamento, con la rúbrica «Disposiciones especiales para la aplicación de la legislación de los Estados miembros» tiene por objeto tomar en consideración las particularidades de los diferentes sistemas de seguridad social de los Estados miembros para facilitar la aplicación de las normas de coordinación de los sistemas de seguridad social. Resulta

del considerando 3 del Reglamento n.º 988/2009 que varios Estados miembros solicitaron que se incluyeran en este anexo textos relativos a la aplicación de su normativa de seguridad social y facilitaron a la Comisión Europea explicaciones jurídicas y prácticas sobre sus normativas y sistemas.

**13.** El anexo XI, rúbrica «España», apartado 2, del Reglamento n.º 883/2004 dispone lo siguiente:

«a) En aplicación del artículo 56, apartado 1, letra c), del presente Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales de la persona durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. Cuando en el período de referencia a tener en cuenta para el cálculo de la cuantía de la pensión, deban ser computados períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, se utilizará para los mencionados períodos la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo.

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.»

#### *Derecho español*

#### Ley General de la Seguridad Social

**14.** El artículo 162 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE n.º 154, de 29 de junio de 1994, p. 20658; en lo sucesivo, «Ley General de la Seguridad Social»), aplicable *ratione temporis* al litigio principal, establece el modo de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de la modalidad contributiva.

**15.** La disposición transitoria quinta de la Ley General de la Seguridad Social, con la rúbrica «Normas transitorias sobre base reguladora de la pensión de jubilación», indica en su apartado 1, frase primera, que «a partir de 1 de enero de 2013, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 224 las bases de cotización durante los 192 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante».

#### Orden Ministerial de 2003

**16.** La Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre (BOE n.º 250, de 18 de octubre de 2003; en lo sucesivo, «Orden Ministerial de 2003»), establece los requisitos con arreglo a los cuales una persona puede ser considerada en situación de alta en el régimen de la seguridad social española mediante la suscripción de un convenio especial.

**17.** El artículo 2 de la Orden Ministerial de 2003 precisa qué personas pueden, en principio, suscribir tal convenio. Se trata, fundamentalmente, de trabajadores no cubiertos por la seguridad social.

**18.** El artículo 6 de dicha Orden Ministerial fija la base de cotización aplicable a los suscriptores de tal convenio, quienes pueden elegir, en el momento de suscribirlo, cualquiera de las siguientes bases mensuales de cotización:

- la base máxima de cotización por contingencias comunes del grupo de cotización correspondiente a la categoría profesional del interesado, o al régimen en que estuviera encuadrado, con arreglo a ciertas condiciones;

- la base de cotización que sea el resultado de dividir por 12 la suma de las bases por contingencias comunes por las que se hayan efectuado cotizaciones durante un período determinado;

- la base mínima de cotización vigente, en la fecha de efectos del convenio especial, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos;

- una base de cotización que esté comprendida entre las bases determinadas conforme a las tres posibilidades precedentes.

**19.** El capítulo II de la Orden Ministerial de 2003, con la rúbrica «Modalidades de convenio especial», incluye una sección 3 que agrupa las disposiciones relativas a los convenios especiales aplicables a los nacionales españoles y sus hijos que trabajen en el extranjero y a los beneficiarios de un sistema de previsión social extranjero residentes en España.

**20.** El artículo 15 de la Orden Ministerial de 2003, que figura en esta sección 3, regula de este modo el «convenio especial para los emigrantes españoles e hijos de estos que trabajen en el extranjero» (en lo sucesivo, «convenio especial»). Este artículo prevé, en su apartado 1, que podrán suscribir esta modalidad de convenio especial «los emigrantes españoles y los hijos de estos que posean nacionalidad española, con independencia de que con anterioridad hayan estado o no afiliados a la Seguridad Social española, e independientemente del país en el que trabajen y de que dicho país tenga o no suscrito con España acuerdo o convenio en materia de Seguridad Social» y «los emigrantes españoles y los hijos de estos que posean nacionalidad española y sea cual fuese el país en el que trabajen, en el momento de su retorno a territorio español, siempre que no se hallen incluidos obligatoriamente en algún régimen público de protección social en España».

**21.** Asimismo, dicho artículo dispone en su apartado 4 lo siguiente:

«La base mensual de cotización en esta modalidad de convenio especial será en todos los casos la base mínima de cotización que [...] se halle establecida en el Régimen General de la Seguridad Social [...]».

### **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

**22.** El Sr. Crespo Rey tiene nacionalidad española. Tras haber cotizado en España durante diferentes períodos comprendidos entre agosto de 1965 y julio de 1980 con arreglo a bases superiores a la base mínima fijada para el Régimen General de la Seguridad Social española, se instaló en Suiza. El órgano jurisdiccional remitente indica que, durante el período comprendido entre el 1 de mayo de 1984 y el 30 de noviembre de 2007, cotizó al régimen de seguridad social de ese Estado.

**23.** El 1 de diciembre de 2007, el Sr. Crespo Rey suscribió un convenio especial con la seguridad social española (en lo sucesivo, «convenio especial de 1 de diciembre de 2007»), de forma que, a partir de esa fecha y hasta el 1 de enero de 2014, satisfizo cuotas cuyo importe se calculó con arreglo a la base mínima de cotización establecida para el Régimen General de la Seguridad Social española.

**24.** Mediante resolución del INSS de 26 de septiembre de 2014, se reconoció al Sr. Crespo Rey una pensión de jubilación en España.

**25.** Para calcular esta pensión, el INSS tuvo en cuenta, con arreglo a la disposición transitoria quinta de la Ley General de la Seguridad Social, el importe de las cuotas abonadas por el interesado durante los 192 meses anteriores a su jubilación, esto es, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2013.

**26.** El INSS equiparó el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2007 y el 31 de diciembre de 2013, durante el cual se aplicaba el convenio especial de 1 de diciembre de 2007, a un período cumplido en España. En consecuencia, aplicó las modalidades previstas en el anexo XI, rúbrica «España», punto 2, del Reglamento n.º 883/2004 y tomó como base de cálculo, para este período, las cuotas abonadas por el Sr. Crespo Rey en el marco de dicho convenio.

**27.** Por lo que se refiere al período comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 30 de noviembre de 2007, durante el cual el Sr. Crespo Rey trabajó en Suiza antes de suscribir dicho convenio, el INSS tomó en consideración, con arreglo al anexo XI, rúbrica «España», punto 2, del Reglamento n.º 883/2004, la base de cotización en España que más se aproximaba en el tiempo a los períodos de referencia. El INSS consideró que esta era la base de cotización de diciembre de

2007, sobre cuya base se calculó la primera cuota mínima abonada por el Sr. Crespo Rey en el marco del mismo convenio.

**28.** El Sr. Crespo Rey presentó demanda contra esta resolución ante el Juzgado de lo Social n.º 1 de La Coruña por no estar de acuerdo con el cálculo de su pensión de jubilación realizado por el INSS.

**29.** Tras estimar ese órgano jurisdiccional la demanda del Sr. Crespo Rey, el INSS recurrió la resolución del Juzgado de lo Social n.º 1 de La Coruña ante el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

**30.** El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si la normativa en cuestión en el asunto del que conoce es compatible con el artículo 45 TFUE, apartado 1, en la medida en que, por una parte, el artículo 15 de la Orden Ministerial de 2003 obliga al trabajador emigrante a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, sin que pueda elegir otra base de cotización, y, por otra parte, el INSS equipara el período durante el que este convenio se aplica a un período realizado en España, de forma que, al calcular el importe teórico de la pensión de jubilación de este trabajador, solo se tienen en cuenta las cuotas mínimas abonadas en el marco de dicho convenio, a pesar de que, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, el trabajador en cuestión cotizara en España con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

**31.** En el supuesto de que el Tribunal de Justicia considerara que esas normas son incompatibles, el órgano jurisdiccional remitente solicita orientación acerca de si procede, con arreglo al artículo 45 TFUE y al anexo XI, rúbrica «España», punto 2, del Reglamento n.º 883/2004, tomar en consideración, para calcular el importe teórico de la pensión de jubilación del trabajador migrante, la última base de las cuotas reales abonadas por este último en España antes de ejercer su derecho a la libre circulación, es decir, una base de cotización más elevada que aquella que sirvió de referencia para calcular las cuotas abonadas por dicho trabajador en el marco del convenio especial de 1 de diciembre de 2007.

**32.** En esas circunstancias el Tribunal Superior de Justicia de Galicia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Deben entenderse excluidas de la expresión "la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo" a que se alude en el Anexo XI.G.2 del [Reglamento n.º 883/2004] aquellas bases de cotización derivadas de la aplicación de una norma interna española según la cual un trabajador migrante retornado cuyas últimas cotizaciones reales españolas hubieran sido superiores a las bases mínimas solo puede suscribir un convenio de mantenimiento de cotizaciones conforme a bases mínimas mientras que, si fuera un trabajador sedentario, se le habría ofrecido la posibilidad de suscribirlo por bases superiores?

2) En caso de respuesta afirmativa a la [primera] cuestión, y de conformidad con el Anexo XI.G.2 del [Reglamento n.º 883/2004], ¿son remedios adecuados para reparar el perjuicio causado al trabajador migrante tomar las últimas cotizaciones reales españolas debidamente actualizadas y considerar el período cotizado al amparo del convenio de mantenimiento de cotizaciones como período neutro o un paréntesis?»

### **Sobre las cuestiones prejudiciales**

#### *Sobre la admisibilidad*

**33.** El Gobierno español formula una excepción de inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial por considerar que el órgano jurisdiccional remitente realizó una apreciación errónea de hechos cuyo examen no se ha suscitado en el recurso de suplicación, lo cual implica solicitar una interpretación que no guarda relación con la realidad del litigio principal.

**34.** A este respecto, procede recordar que, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE, basado en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del juez nacional. Asimismo, corresponde exclusivamente al juez nacional, que

conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones prejudiciales planteadas se refieran a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (véanse, en particular, las sentencias de 10 de febrero de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen, C-436/08 y C-437/08, EU:C:2011:61, apartado 41, y de 22 de octubre de 2009, Zurita García y Choque Cabrera, C-261/08 y C-348/08, EU:C:2009:648, apartado 34 y jurisprudencia citada).

**35.** La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional solo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencias de 5 de diciembre de 2006, Cipolla y otros, C-94/04 y C-202/04, EU:C:2006:758, apartado 25, y de 22 de septiembre de 2016, Breitsamer und Ulrich, C-113/15, EU:C:2016:718, apartado 33).

**36.** No puede desvirtuarse esta presunción de pertinencia por la mera circunstancia de que una de las partes del litigio principal niegue algunos hechos cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia y de los cuales depende la definición del objeto de dicho litigio (sentencias de 5 de diciembre de 2006, Cipolla y otros, C-94/04 y C-202/04, EU:C:2006:758, apartado 26, y de 22 de septiembre de 2016, Breitsamer und Ulrich, C-113/15, EU:C:2016:718, apartado 34).

**37.** En el presente asunto, el Gobierno español y el INSS sostuvieron ante el Tribunal de Justicia que, en contra de lo que señala el órgano jurisdiccional remitente, durante el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2007 -fecha de suscripción del convenio especial de 1 de diciembre de 2007- y el 31 de diciembre de 2013 -fecha de la jubilación del Sr. Crespo Rey- este seguía trabajando y cotizando en Suiza.

**38.** Ahora bien, la cuestión de si, en el momento de suscribir este convenio, el Sr. Crespo Rey había regresado a España o continuaba trabajando y cotizando en Suiza constituye una cuestión de hecho del litigio principal que no corresponde comprobar al Tribunal de Justicia.

**39.** En consecuencia, procede desestimar la excepción de inadmisibilidad formulada por el Gobierno español.

#### *Sobre el fondo*

**40.** Debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el marco de la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde a este Tribunal proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, corresponde al Tribunal de Justicia reformular, en su caso, las cuestiones que se le planteen. En efecto, el Tribunal de Justicia tiene la misión de interpretar cuantas disposiciones del Derecho de la Unión sean necesarias para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan resolver los litigios que se les hayan sometido, aun cuando tales disposiciones no se mencionen expresamente en las cuestiones prejudiciales remitidas por dichos órganos jurisdiccionales (sentencia de 19 de octubre de 2017, Otero Ramos, C-531/15, EU:C:2017:789, apartado 39 y jurisprudencia citada).

**41.** En consecuencia, aun cuando, desde un punto de vista formal, el órgano jurisdiccional remitente ha limitado sus cuestiones a la interpretación del anexo XI, rúbrica «España», punto 2, del Reglamento n.º 883/2004, tal circunstancia no obsta para que el Tribunal de Justicia le proporcione todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar el asunto del que conoce, con independencia de que dicho órgano haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de sus cuestiones prejudiciales. A este respecto, corresponde al

Tribunal de Justicia extraer del conjunto de elementos aportados por el tribunal nacional y, especialmente, de la motivación del auto de remisión, los elementos del Derecho de la Unión que requieren una interpretación, teniendo en cuenta el objeto del litigio (véase, por analogía la sentencia de 19 de octubre de 2017, Otero Ramos, C-531/15, EU:C:2017:789, apartado 40 y jurisprudencia citada).

**42.** En el presente caso, resulta del auto de remisión que el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la normativa nacional en cuestión en el litigio principal es compatible con el artículo 45 TFUE, en la medida en que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social española a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, de forma que, al calcular el importe teórico de la pensión de jubilación de ese trabajador, con arreglo al anexo XI, rúbrica «España», punto 2, del Reglamento n.º 883/2004, la institución competente equiparará el período cubierto por este convenio a un período realizado en España y solo tomará en consideración las cuotas abonadas por dicho trabajador en virtud de este convenio, incluso cuando, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, este último cotizara en España con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

**43.** Pues bien, en una situación como la del litigio principal, que se refiere a un trabajador migrante nacional de un Estado miembro que ha trabajado y cotizado durante un cierto período en Suiza, es necesario analizar la normativa nacional en cuestión en el litigio principal a la luz de las disposiciones del Acuerdo sobre la libre circulación de personas.

**44.** Habida cuenta de estas consideraciones, debe entenderse que, mediante sus cuestiones prejudiciales -que conviene examinar conjuntamente-, el órgano jurisdiccional remitente solicita, fundamentalmente, que se dilucide si el Acuerdo sobre la libre circulación de personas debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la analizada en el litigio principal, que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social de ese Estado miembro a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, de forma que, al calcular el importe teórico de su pensión de jubilación, la institución competente de dicho Estado miembro equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en ese mismo Estado miembro y solo toma en consideración, a efectos de este cálculo, las cuotas abonadas por dicho trabajador en el marco de dicho convenio, incluso cuando, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, este último hubiera cotizado en este Estado miembro con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y cuando un trabajador sedentario que no hizo uso de su derecho a la libre circulación y que suscribe tal convenio dispone de la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

#### *Sobre las cuestiones prejudiciales*

**45.** Con carácter preliminar, procede recordar que el Reglamento n.º 883/2004 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. Así, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, los Estados miembros conservan su competencia para organizar sus sistemas de seguridad social (véanse, en particular, las sentencias de 21 de febrero de 2013, Salgado González, C-282/11, EU:C:2013:86, apartado 35 y jurisprudencia citada, y de 7 de diciembre de 2017, Zaniewicz-Dybeck, C-189/16, EU:C:2017:946, apartado 38).

**46.** Por consiguiente, a falta de una armonización en el ámbito de la Unión, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar, entre otros aspectos, los requisitos que confieren derecho a prestaciones (sentencias de 21 de febrero de 2013, Salgado González, C-282/11, EU:C:2013:86, apartado 36 y jurisprudencia citada, y de 7 de diciembre de 2017, Zaniewicz-Dybeck, C-189/16, EU:C:2017:946, apartado 39).

**47.** No obstante, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deberán respetar el Derecho de la Unión y, en concreto, las disposiciones del Tratado FUE sobre la libertad, que se reconoce a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de los Estados miembros (sentencias de 21 de febrero de 2013, Salgado González, C-282/11, EU:C:2013:86,



apartado 37 y jurisprudencia citada, y de 7 de diciembre de 2017, Zaniewicz-Dybeck, C-189/16, EU:C:2017:946, apartado 40).

**48.** Como resulta del preámbulo, del artículo 1 y del artículo 16, apartado 2, del Acuerdo sobre la libre circulación de personas, el objetivo de este es lograr, en favor de los nacionales de los Estados miembros de la Unión y de la Confederación Suiza, la libertad de circulación de personas en el territorio de las Partes contratantes de dicho Acuerdo, apoyándose en las disposiciones que se hallan en aplicación en la Unión, cuyos conceptos deben interpretarse conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias de 19 de noviembre de 2015, Bukovansky, C-241/14, EU:C:2015:766, apartado 40, y de 21 de septiembre de 2016, Radgen, C-478/15, EU:C:2016:705, apartado 36).

**49.** En tal contexto, procede señalar que ese objetivo incluye, conforme al artículo 1, letras a) y d), del referido Acuerdo, conceder a los nacionales de las Partes contratantes, en particular, un derecho de entrada, de residencia y de acceso a una actividad económica por cuenta ajena, así como las mismas condiciones de vida, de empleo y de trabajo concedidas a los nacionales del Estado de que se trate (sentencia de 21 de septiembre de 2016, Radgen, C-478/15, EU:C:2016:705, apartado 37).

**50.** De este modo, el artículo 8, letra a), del Acuerdo sobre la libre circulación de personas precisa que las Partes contratantes, de conformidad con el anexo II de este, regularán la coordinación de los sistemas de seguridad social con el fin de garantizar la igualdad de trato.

**51.** El artículo 9, con la rúbrica «Igualdad de trato», del anexo I del Acuerdo sobre la libre circulación de personas garantiza la aplicación del principio, enunciado en el artículo 2 de este, de no discriminación en el ámbito de la libre circulación de trabajadores (sentencias de 19 de noviembre de 2015, Bukovansky, C-241/14, EU:C:2015:766, apartado 36 y jurisprudencia citada, y de 21 de septiembre de 2016, Radgen, C-478/15, EU:C:2016:705, apartado 40).

**52.** En lo que respecta al asunto principal, debe señalarse que resulta, sin perjuicio de la comprobación que a este respecto debe realizar el órgano jurisdiccional remitente, que el Sr. Crespo Rey hizo uso de su derecho a la libre circulación de personas para ejercer una actividad por cuenta ajena en el territorio de Suiza. Ello implica que está comprendido dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo sobre la libre circulación de personas y que, por lo tanto, puede invocar dicho Acuerdo frente a su Estado de origen.

**53.** En el presente asunto, es necesario destacar que el período de referencia para el cálculo de la pensión de jubilación del Sr. Crespo Rey es, con arreglo a la disposición transitoria quinta de la Ley General de la Seguridad Social, el comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2013.

**54.** Se desprende de la exposición de los hechos, tal como se recuerda en el apartado 23 de la presente sentencia, que el Sr. Crespo Rey celebró el convenio especial de 1 de diciembre de 2007, en virtud del cual cotizó con arreglo a la base mínima de cotización hasta el 31 de diciembre de 2013.

**55.** En el litigio principal, la suscripción por parte del Sr. Crespo Rey del convenio especial de 1 de diciembre de 2007 tuvo como consecuencia que, a efectos de calcular el importe teórico de su pensión de jubilación, el INSS tomara como referencia la base mínima de cotización.

**56.** De este modo, para definir la base de cotización pertinente respecto de este período, el INSS tomó en cuenta, con arreglo al anexo XI, rúbrica «España», punto 2, del Reglamento n.º 883/2004, las cuotas reales abonadas por el Sr. Crespo Rey durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cuota a la seguridad social, esto es, las cuotas mínimas que abonó con arreglo al convenio especial de 1 de diciembre de 2007.

**57.** Por lo que se refiere al período comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 30 de noviembre de 2007, durante el cual el Sr. Crespo Rey trabajó en Suiza sin haber suscrito todavía este convenio, el INSS tomó en consideración, con arreglo al anexo XI, rúbrica «España», punto

2, del Reglamento n.º 883/2004, la base de cotización en España que más se aproximaba en el tiempo a los períodos de referencia. En este sentido, el INSS consideró que esta era la base de cotización del mes de diciembre de 2007, coincidente también con la base mínima de cotización con arreglo a la cual el Sr. Crespo Rey abonó sus cuotas en el marco de dicho convenio.

**58.** De lo anterior se desprende que la equiparación por parte del INSS del período cubierto por el convenio especial de 1 de diciembre de 2007 a un período de trabajo realizado en España tuvo como resultado que, al calcular el importe teórico de la pensión de jubilación del Sr. Crespo Rey, únicamente fuera tomada en consideración la base mínima de cotización con arreglo a la cual este abonó sus cuotas en el marco de dicho convenio.

**59.** Es necesario señalar a este respecto que resulta del auto de remisión que, antes de ejercer su derecho a la libre circulación y de suscribir el convenio especial de 1 de diciembre de 2007, el Sr. Crespo Rey cotizó al régimen de seguridad social español con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización utilizada en el marco de dicho convenio.

**60.** Pues bien, con arreglo al artículo 15, apartado 4, de la Orden Ministerial de 2003, el trabajador emigrante no puede continuar cotizando con arreglo a bases superiores en el marco del convenio especial, ya que el importe de tales cuotas se determina obligatoriamente, en el contexto de tal convenio, con arreglo a la base mínima de cotización fijada para el régimen general de la seguridad social española.

**61.** Por consiguiente, cuando, como sucede en el litigio principal, el trabajador migrante, antes de ejercer su derecho a la libre circulación y suscribir un convenio especial, cotizó a la seguridad social del Estado miembro en cuestión con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización, las cuotas abonadas por este trabajador en el marco del convenio especial que celebró no se corresponden con las que hubiera efectivamente abonado de haber continuado ejerciendo en las mismas condiciones su actividad en dicho Estado miembro.

**62.** Asimismo, debe destacarse que el INSS y el Gobierno español reconocieron, tanto en sus observaciones escritas como en la vista ante el Tribunal de Justicia, que la normativa nacional en cuestión en el litigio principal no impone tal obligación a los trabajadores sedentarios que no hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación y cuya carrera profesional se desarrolla, pues, enteramente en España. En efecto, estos tienen la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

**63.** En consecuencia, al obligar a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial a satisfacer cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización, la normativa nacional en cuestión en el litigio principal establece una diferencia que puede suponer para los trabajadores migrantes un trato más desfavorable que el deparado a los trabajadores sedentarios que realicen toda su carrera profesional en el Estado miembro en cuestión.

**64.** El INSS y el Gobierno español alegan, a este respecto, que la suscripción de un convenio especial tiene por finalidad permitir al trabajador inmigrante evitar que se produzca una reducción del importe de su pensión de jubilación española por el hecho de que ejerza su derecho a libre circulación.

**65.** Sin embargo, debe señalarse que, en una situación como la del litigio principal, el trabajador migrante que suscribe un convenio especial puede en realidad ser objeto de una reducción nada desdeñable del importe de su pensión de jubilación, ya que, como se ha constatado en el apartado 59 de la presente sentencia, para calcular el importe teórico de esta pensión, solo se tienen en consideración las cuotas abonadas por este último en el marco de dicho convenio, esto es, cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización.

**66.** Es preciso añadir que no sucedería lo mismo si tal trabajador hubiera, tras ejercer su derecho a la libre circulación, cotizado únicamente en otro Estado miembro, sin suscribir un convenio especial.

**67.** En efecto, el anexo XI, rúbrica «España», punto 2, del Reglamento n.º 883/2004 prevé que para calcular la cuantía de la pensión del trabajador migrante deberá tomarse en consideración, respecto de los períodos en los que este trabajó en otros Estados miembros, «la base de cotización en España que más se [...] aproxime en el tiempo [a dichos períodos de referencia]».

**68.** De este modo, en una situación como la del litigio principal, en la que el trabajador en cuestión, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, cotizó a la seguridad social del Estado miembro en cuestión con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización, la base de cotización pertinente para calcular el importe de su pensión de jubilación sería la última cotización abonada por dicho trabajador en ese Estado miembro, esto es, una base de cotización más elevada que la base mínima de cotización prevista por el convenio especial.

**69.** De lo anterior se sigue que una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que obliga al trabajador migrante que suscribe con la seguridad social del Estado miembro en cuestión un convenio especial a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, incluso en el caso de que este, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, haya cotizado en ese Estado con arreglo a bases de cotización superiores a la base mínima, de forma que, al calcular el importe teórico de la pensión de jubilación de dicho trabajador, la institución competente del Estado miembro en cuestión equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en su territorio y toma en cuenta, a efectos de ese cálculo, únicamente las cuotas mínimas abonadas por el trabajador en aplicación de dicho convenio, puede suponer para tal trabajador un trato más desfavorable que el deparado a los trabajadores que realizaron toda su carrera profesional en el Estado miembro en cuestión.

**70.** En la medida en que el órgano jurisdiccional remitente se pregunta acerca de qué consecuencias debe extraer de una eventual incompatibilidad de la normativa nacional con el Derecho de la Unión, debe recordarse que el principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia para garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por este (sentencia de 13 de julio de 2016, Pöpperl, C-187/15, EU:C:2016:550, apartado 43 y jurisprudencia citada).

**71.** Ciertamente, este principio de interpretación conforme del Derecho nacional tiene determinados límites. Así, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido del Derecho de la Unión cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional (sentencia de 13 de julio de 2016, Pöpperl, C-187/15, EU:C:2016:550, apartado 44 y jurisprudencia citada).

**72.** Si dicha interpretación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho de la Unión y tutelar los derechos que este concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición, en la medida en que su aplicación, en las circunstancias del caso concreto, pudiera dar lugar a un resultado contrario al Derecho de la Unión (sentencia de 13 de julio de 2016, Pöpperl, C-187/15, EU:C:2016:550, apartado 45 y jurisprudencia citada).

**73.** Cuando el Derecho nacional prevé un trato diferenciado entre varios grupos de personas, infringiendo lo dispuesto en el Derecho de la Unión, los miembros del grupo perjudicado deben recibir un mismo trato y ha de aplicárseles el mismo régimen que a los demás interesados. A falta de una correcta aplicación del Derecho de la Unión, el régimen aplicable a los miembros del grupo favorecido sigue siendo el único sistema de referencia válido (sentencia de 13 de julio de 2016, Pöpperl, C-187/15, EU:C:2016:550, apartado 46 y jurisprudencia citada).

**74.** Tal como resulta del auto de remisión y como ya se ha señalado en el apartado 63 de la presente sentencia, los trabajadores sedentarios que suscriben un convenio especial tienen la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización. Por lo tanto, este marco jurídico constituye tal sistema de referencia válido.

**75.** Ciertamente, corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del litigio determinar cuáles son, en Derecho interno, los medios más adecuados para conseguir la igualdad de trato entre los trabajadores inmigrantes y los trabajadores sedentarios. No obstante, debe destacarse a este respecto que este objetivo podría alcanzarse, *a priori*, concediendo también a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial tal facultad y permitiéndoles cotizar retroactivamente con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y, en consecuencia, reclamar sus derechos a una pensión de jubilación en función de estas nuevas bases.

**76.** Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales planteadas que el Acuerdo sobre la libre circulación de personas debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la analizada en el litigio principal, que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social del Estado miembro en cuestión a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, de forma que, al calcular el importe teórico de su pensión de jubilación, la institución competente de dicho Estado miembro equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en ese mismo Estado miembro y solo toma en consideración, a efectos de ese cálculo, las cuotas abonadas en el marco de dicho convenio, incluso cuando, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, dicho trabajador hubiera cotizado en el Estado miembro en cuestión con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y cuando un trabajador sedentario que no hizo uso de su derecho a la libre circulación y que suscribe tal convenio dispone de la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

#### **Costas**

**77.** Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto,

### **FALLO**

el Tribunal de Justicia (Sala Décima) declara:

**El Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, rubricado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la analizada en el litigio principal, que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social de ese Estado miembro a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, de forma que, al calcular el importe teórico de su pensión de jubilación, la institución competente de dicho Estado miembro equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en ese mismo Estado miembro y solo toma en consideración, a efectos de ese cálculo, las cuotas abonadas en el marco de dicho convenio, incluso cuando, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, dicho trabajador hubiera cotizado en el Estado miembro en cuestión con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y cuando un trabajador sedentario que no hizo uso de su derecho a la libre circulación y que suscribe tal convenio dispone de la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.**

LevitsBergerBiltgen

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 28 de junio de 2018.

El SecretarioEl Presidente de la Sala Décima

A. Calot EscobarE. Levits

(\*) Lengua de procedimiento: español.